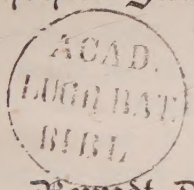
Der Begriff der höheren Gewalt im heutigen Verkehrsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen Juristenfakultät in Rostock



vorgelegt von

Bernd Danielsen, Referendar.

Wandsbek-Hamburg:
Buchdruckerei A. B. Ueberwasser.
1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549210_0037

Literatur.

Baron: Diligentia exactissima oder die Haftung für custodia. (Archiv für civ. Pr. Bd. 52.)

„ Die Haftung bis zur höheren Gewalt. (Archiv für civ. Pr. Bd. 78.)

Biermann: Custodia und vis maior. (Zeitschrift der Sav.-Stiftung, rom. Abt. Bd. 12.)

Bigenwald: Casus und vis maior. Erlanger Diss. 1897.

Bruckner: Die custodia nebst ihren Beziehungen zur vis maior im römischen Recht. München 1889.

Brunner: Die Haftung nach bürgerlichem Recht und die höhere Gewalt. Würzburger Diss. 1904.

Dernburg: Der Begriff der höheren Gewalt (Grünhut's Zeitschrift Bd. 11.)

Engelmann: Die custodiae praestatio nach römischem Recht. Nördlingen 1887.

Exner: Der Begriff der höheren Gewalt. Wien 1883.

Fischer: Vis maior im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der Leistung. (Ihering's Jahrb. Bd. 37.)

Gelpke: Empfiehlt sich die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt im bürgerlichen Recht? (Verhandl. des 22. Juristentages.)

Gerth: Der Begriff der vis maior im röm. u. Reichsrecht. Berlin 1890.

Goldschmidt: Das receptum nautarum etc. (Goldschmidt's Zeitschrift. Bd. 3 und 16.)

Hafner: Ueber den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportrecht. Zürich 1886.

J. Hoffmann: Die Haftung der Gastwirte nach B. G. B. Leipziger Diss. 1903.

Hölder: Die höhere Gewalt. (Kritische Viert. Jahresschrift Bd. 26.)

v. Hollander: Vis maior als Schranke der Haftung nach römischem Recht. Jena 1892.

Knauer: Die höhere Gewalt im Reichsrecht. Berliner Diss. 1901.

Kriege: Der Begriff der höheren Gewalt. Bonner Diss. 1904.

Merkel: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht. Straßburg 1895.

Michelsohn: Die vis maior als soziale Institution. Rostocker Diss. 1902.
Rümelin: Der Zufall im Recht. Freiburg 1896.
v. Schey: Empfiehlt sich die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt im bürgerl. Recht? (Verhandl. des 22. Juristentages.)
Schneider: Über die vis maior und das Haftungsprinzip des römischen Obligationenrechts. (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 44.)
Stintzing: Über vis maior im Zusammenhang mit periculum und Haftung. (Archiv für civ. Pr. Bd. 81.)
Stucki: Über den Begriff der höheren Gewalt. Bern 1890.
Sturm: Die Haftpflicht der Gastwirte ꝛc. Naumburg 1892.
Ude: Das receptum nautarum, ein pactum praetorium. (Zeitschrift der Sav.-Stiftung, rom. Abt. Bd. 12.)
Unger: Handeln auf eigene Gefahr. Jena 1893.
Volkmar: Vis major und Betriebsgefahr. Berlin 1900.
Weinand: Die höhere Gewalt im neueren Reichsrecht. Erlanger Diss. 1897.

Brinz: Pandekten. 2. Auflage. 1897.
Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 3. Aufl. — Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.
Crome: System des bürgerlichen Rechts. 1900.
Dernburg: Preußisches Privatrecht. 3. Aufl. — Pandekten. 7. Aufl. — Das bürgerliche Recht. 1902.
Eger: Deutsches Frachtrecht 1881.
Endemann: Lehrbuch d. bürgl. Rechts. 7. Aufl. — Lehrbuch d. Handelsrechts.
Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. 2. Auflage.
Freudenthal: Civilprozeßordnung. 1900.
v. Hahn: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Auflage.
Kuhlenbeck: Das bürgerliche Gesetzbuch. 1903.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1903.
Mommsen: Obligationsrecht. Bd. 1. 1853.
Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts. 1. u. 2. Jahrgang.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse.
Pernice: Labeo.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch.
Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch.
Thöl: Handelsrecht. 1880.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts.
Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches

Einleitung.

Trotz der großen Anzahl von Monographien und Dissertationen, die in der letzten Zeit über den Begriff der vis maior, der höheren Gewalt, erschienen sind, trotz der zahlreichen Theorien, die über diesen Begriff aufgestellt sind (fast jeder Schriftsteller bringt eine neue Formulierung), herrscht, wie zumal ein Blick in die Lehrbücher des B. G. B. und des H. G. B. zeigt, noch viel Unklarheit über den Inhalt des Begriffs. Diese Tatsache wird um so weniger wunder nehmen, wenn wir sehen, wie wenig auch in der Spezialliteratur die grundsätzlichen Gegensätze in der Betrachtungsweise geklärt sind; man spricht von einer objektiven und einer subjektiven Theorie, ohne daß man unter diesen Kollektivnamen tatsächlich, wie zu erwarten wäre, innerlich verwandte und gleichartige Ansichten zusammenfaßt. Wohl erkennt man die Unterschiede zwischen den Extremen; aber da, wie wir sehen werden, Betrachtungsweise, Weg und Ziel der subjektiven und der objektiven Theorie durchaus verschieden sind, muß es überraschen, wenn wir die Ansichten mancher Schriftsteller (z. B. Baron's) bald zur subjektiven Theorie (z. B. bei Volkmar), bald zur objektiven Theorie (z. B. bei Unger, Kriege) gerechnet sehen. Außerdem bleibt meistens das Verhältnis zwischen der namentlich von Volkmar ausgebauten Theorie der Betriebsgefahr und der Ansicht Exner's und seiner Anhänger dunkel.

Der Zweck der vorliegenden Arbeit ist nun nicht, den vorhandenen, in allen denkbaren Varianten existierenden Theorien über den Begriff der höheren Gewalt eine neue Theorie hinzuzufügen. Worauf es mir vielmehr ankommt, ist, einmal die praktische Verwendbarkeit der verschiedenen Theorien zu zeigen und ihre Anwendungskonsequenzen zu beleuchten, besonders aber die grundlegenden Unterschiede der Betrachtungsweise zu kennzeichnen. Diesem Zweck entsprechend liegt der Schwerpunkt dieser Arbeit in der Besprechung der bisher aufgestellten Theorien. In dem diesbezüglichen, zunächst folgenden Teil der Arbeit werde ich insbesondere auch rechtspolitischen Erwägungen Raum geben; erst darnach, wenn wir über die innere Berechtigung und Begründung des Begriffs Klarheit gewonnen haben, werde ich an die Untersuchung des Quellenmaterials herantreten. Dieser Weg empfiehlt sich auch schon aus dem Grunde, weil das römische Recht nur wenige und versteckte Andeutungen über die vis maior gibt.

§ 1.

Das Problem der höheren Gewalt; subjektive und objektive Theorie.

Es ist merkwürdig zu beobachten, wie trotz aller Anfeindungen des Begriffs der höheren Gewalt, trotz der lebhaften Kontroverse über diesen Begriff, trotz der gänzlich verschiedenen Ansichten über den Umfang der Haftung bis zur höheren Gewalt, dieser Begriff sich ein immer größeres Anwendungsgebiet erobert hat, — ohne daß der Gesetzgeber sich gemüßigt gesehen hätte, auch nur in einem der Anwendungsfälle den Sinn und Inhalt des Ausdrucks durch Gesetz zu verdeutlichen.

Betrachten wir z. B. den § 701 des B. G. B. näher: Nach § 701 haftet der Wirt grundsätzlich unbedingt für die unversehrte Rückgabe der rezipierten Sachen. Von dieser Regel werden drei einander gleichgestellte Ausnahmen gemacht: der Wirt haftet nicht, wenn der Schaden durch die Beschaffenheit der Sachen entsteht, 2) wenn der Gast oder dessen Begleiter den Schaden verursacht hat, 3) wenn der Schaden durch höhere Gewalt entsteht. Nun können wir zwar noch aus dem § 702, der eine Einschränkung[1]) der Haftung der Gastwirte enthält, in Verbindung mit der in § 701 grundsätzlich unbedingt statuierten Haftung des Wirtes folgern, daß die Haftung bis zur höheren Gewalt nicht gleichbedeutend ist mit dem Einstehen für das eigene Verschulden und das der Angestellten, vielmehr hierüber hinausgeht. Wollten wir aber positiv weiterhin aus den zitierten Paragraphen[2]) eine Begriffsbestimmung herleiten, so würden wir damit in das Reich unbeweisbarer Hypothesen geraten. Hat der Gesetzgeber nun auch es vermieden, den Sinn des fraglichen Ausdrucks im Gesetz zu präzisieren, so hat er uns doch dadurch, daß er einen Begriff des römischen Rechts (vis maior) wörtlich[3]) übernimmt, gezeigt, daß der Sinn des Ausdrucks aus seiner historischen Bedeutung abzuleiten ist. Ist auch das, was die römischen Juristen über vis maior geschrieben haben, hiermit keineswegs Gesetz für uns, so ist es doch gerade in diesem Fall als das vornehmste Interpretationsmittel zu betrachten.

l. 1 pr. D. 4, 9: Ait Praetor: Nautae, caupones, stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.

---

[1]) Die Exceptionen des § 702 müssen daher für den Wirt günstiger sein, als die des § 701.

[2]) Die Paragraphen 203 und 1996 müssen aus später zu erörternden Gründen vorläufig außer Betracht bleiben.

[3]) Vergl. altes H. G. B. Art 395 „ . . . der Verlust durch höhere Gewalt vis maior) entstanden ist."

l. 3. § 1 u. 2. D. eod. At hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis maior contigerit. § 2. Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt. Ceterum si extra negotium receperint, non tenebuntur.

Schon die Gloſſe hierzu verzeichnet die Grundgedanken der beiden auch heute noch einander gegenüberſtehenden Theorien: Gl. ad. l. 3. D. 4, 9 in verb: „Etiam si sine culpa“ scil. levi ‚levissima tamen intervenit, nam si nec levissima intervenit, ergo fuit casus fortuitus, et sic non tenetur. Quidam tamen dicunt, quod licet non adhibeat levissimam culpam quis, puta quia fuit furto subtracta, ubi non est fortuitus casus (nam furtum non computatur inter fortuitos casus, sed latrocinium), quod tunc tenetur.

Während man alſo auf der einen Seite die vis maior aus einer Steigerung der Diligenzverpflichtung erklären will (ſubjektive Theorie), ſieht man auf der anderen Seite das Weſen der vis maior in beſtimmten objektiven Eigenſchaften der ſchädigenden Ereigniſſe, nach deren jeweiligem Vorhandenſein der Befreiungsgrund der vis maior gegeben ſein ſoll oder nicht (objektive Theorie). Über die Abgrenzung der beiden Theorien gegen einander herrſcht Streit und Unklarheit; ſo z. B. rechnen manche Schriftſteller ſich zur objektiven Theorie, während ſie nach ihren Ausführungen mangels hinreichender objektiver Kriterien zur ſubjektiven Theorie zu ſtellen ſind. Es erweiſt ſich deshalb als nötig, die Gegenſätze der beiden Theorien zu zeigen. Unter dem Kollektivnamen ſubjektive Theorie ſind diejenigen Theorien zuſammen zu faſſen, die dadurch innerlich verwandt und zuſammengehörig erſcheinen, daß ſie im weſentlichen auf eine Steigerung der normalen Diligenzverpflichtung hinauslaufen. Es erhellt von vornherein, daß darauf kein Gewicht gelegt werden darf, ob das Außerachtlaſſen der geforderten geſteigerten Sorgfalt als culpa (levissima!) anzuſehen iſt oder nicht,[1]) wenn doch einmal in beiden Fällen gehaftet werden ſoll; denn praktiſch (und die praktiſche Verwendbarkeit ſoll im folgenden beſonders betont und beleuchtet werden) iſt es vollkommen gleichgültig, ob jemand

[1]) falſch Volkmar, S. 19, Anm. 33.

haftet, weil er in culpa ist, oder obwohl culpa auf seiner Seite nicht vorliegt, wenn er doch in beiden Fällen haftet.

Es erhellt aber ferner, daß es weder theoretisch noch praktisch einen erheblichen Unterschied bedeutet, ob, wenn doch einmal das Verhältnis zwischen dem schädigenden Ereignis und dem gegen dasselbe geleisteten oder zu leistenden Widerstand entscheidend sein soll, ob dann die Definitionen mehr die Ereignisse im Verhältnis zum Widerstand oder mehr den Widerstand im Verhältnis zu den Ereignissen bestimmen;[1]) denn das praktische Resultat werden wir in beiden Fällen an der Diligenzskala ablesen müssen; ein Unterschied könnte also nur in dem Grad der geforderten Sorgfalt liegen.

Im Gegensatz zur subjektiven Theorie sieht die objektive Theorie das Wesen der höheren Gewalt nicht in irgend welchen Beziehungen zwischen Ereignis und Widerstand, sondern in den objektiven Merkmalen gewisser Ereignisse; nicht darauf also soll es hier ankommen, ob aus irgend welchen Gründen ein Widerstand gegen ein schädigendes Ereignis möglich gewesen wäre oder, allgemein betrachtet, als möglich erscheint; sondern entweder sollen positiv das Ereignis als solches oder negativ der Unfall als solcher kraft ihrer objketiven Merkmale entscheiden, ob die Einrede der höheren Gewalt gegeben ist oder nicht.

Ich verstehe demnach unter dem Kollektivnamen „subjektive Theorie" diejenigen Theorien, welche ihrem Wesen nach eine Steigerung der zu prästierenden Diligenz fordern, anders ausgedrückt, denen zufolge das entscheidende Moment, ob vis maior vorliegt oder nicht, in dem Maße des von dem Betroffnen gegen das schädigende Ereignis geleisteten oder zu leistenden Widerstandes liegt. Dagegen rechne ich zur „objektiven Theorie" diejenigen Theorien, welche das Vorliegen der vis maior positiv oder negativ nach bestimmten objektiven Merkmalen des Ereignisses oder des Unfalls entscheiden wollen. — In der folgenden Uebersicht gehe ich auf die Literatur vor Goldschmidt nicht ein; sie bietet uns gegenüber der späteren Literatur nichts. Bald herrschte die subjektive, bald die objektive Anschauung; zu einem neuen Siege hat Goldschmidt der subjektiven Theorie verholfen.

§ 2.

Die subjektive Theorie.

In seiner historisch dogmatischen Abhandlung geht Goldschmidt davon aus (Seite 90), daß der Ausdruck vis maior in den Quellen, gleichbe-

[1]) Das Nichtbeachten dieser scheinbar so trivialen Wahrheit ist m. E. Schuld an der vielfach herrschenden Unklarheit über die Abgrenzung der beiden Theorien gegeneinander.

deutend mit damnum fatale, casus, casus fortuitus, maior, cui resisti non potest, im allgemeinen als bloßer Gegensatz zur culpa zur Bezeichnung unverschuldeter Ereignisse dient. Dagegen findet er in den Grundsätzen über das receptum für den Begriff der vis maior eine besondere Bedeutung, indem er den Umfang der hier stattfindenden Haftung nach den Angaben der römischen Juristen festzustellen sucht, und dasjenige, was hiernach nicht zu vertreten ist, als vis maior bezeichnet. Demgemäß ist Goldschmidt's Definition der vis maior negativ; er begründet dies in seiner zweiten Abhandlung:

„Weil sich das Gebiet des nichtvertretbaren und des vertretbaren Zufalls (d. h. der culpa) nicht allgemein, sondern nur konkret für das einzelne Rechtsinstitut oder gar Rechtsverhältnis abgrenzen läßt, gibt es keinen objektiven und überall gleichen Begriff der höheren Gewalt"[1]). Sein Ergebnis bezüglich der Haftung ex recepto ist:

1. „Handlungen der Dienstleute und Passagiere gelten den eigenen Handlungen des Recipienten gleich. Er steht also unbedingt ein, nicht allein für eigenes Verschulden, sondern auch für jede Beschäftigung und jeden Verlust, welche durch Verschulden einer dieser Personen herbeigefürt sind."[2])

2. „Er garantiert ferner für Handlungen dritter, zu der eben gedachten Kategorie nicht gehöriger Personen, und zwar nicht allein gegen furtum, sondern auch gegen damnum derselben: Vernichtung und Beschädigung."

3. „Er haftet nicht für damnum fatale oder vis maior."

Die zweite Bestimmung erleidet jedoch noch eine Einschränkung: „Weder findet unbedingte Haftung für damnum und furtum statt, soweit solche nicht von den Dienstleuten und Passagieren ausgehen, noch auch nur die gewöhnliche, sondern eine in beiden Beziehungen verstärkte, deren Umfang, unter Berücksichtigung des Grundgedankens unseres Instituts und der bezweckten strengen Haftung, der Richter im einzelnen Falle nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen hat. Nur was darüber hinausliegt, ist nicht vertretbarer Zufall: vis maior, damnum fatale im Sinne unserer Lehre"[3]). In welchem Sinne die Verstärkung der Haftung gemeint ist, erhellt aus Goldschmidt's Ausführung dessen, was nach seiner Lehre nicht vertretbar ist. Er erklärt nämlich als nicht vertretbar, Naturereignisse und Handlungen dritter, die „ungeachtet aller irgend möglichen und durch die Umstände gebotenen Vorsicht weder abzuwenden noch abzuwehren noch in ihren schädlichen Folgen vermeidlich waren." Mit Beziehung auf den

[1]) Goldschmidt Band 16, Seite 329.
[2]) Goldschmidt Band 3, Seite 93.
[3]) Goldschmidt Band 3, Seite 115.

Frachtführer drückt Goldschmidt dasselbe in seiner zweiten Abhandlung so aus:[1]) „Er ist zur Anwendung auch außerordentlicher, durch die Umstände irgend indizierter Vorsichtsmaßregeln verpflichtet und haftet schlechthin, sofern nur deren Unterlassung die Beschädigung oder Entwendung ermöglicht hat."

Gegen diese Ansicht Goldschmidt's, der sich im wesentlichen Windscheid[2]), Sturm und Thöl angeschlossen haben, spricht, abgesehen von der Unbestimmtheit der Definition, auf die ich im nächsten Paragraphen zurückkommen werde, (wo ich zusammenfassend die gegen eine subjektive Auffassung überhaupt sprechenden Momente darlege), daß seine Auslegung des omnimodo tenetur, etiam si sine culpa res perierit kaum mit mit dem Wortlaut der Quellen in Einklang zu bringen ist. Goldschmidt kommt denn auch, ähnlich wie nach ihm Gerth, nur durch eine sehr gezwungene Interpretation über diese Stelle hinweg, indem er das sine culpa nur auf den Fall eines vom Wirt schlechthin zu vertretenden Verschuldens der Angestellten oder Reisenden bezieht; das Nähere über diese Frage siehe unten S. 35, 36.

Der Theorie Goldschmidt's steht die von Baron aufgestellte innerlich nahe; Baron glaubt zwar in einem großen Gegensatz zu Goldschmidt zu stehen; er bezeichnet seine Theorie als objektive; bei näherer Betrachtung jedoch zeigt sich, daß die vermeintlichen Unterschiede kaum von Belang sind. Baron, dem im wesentlichen Bruckner, Stucki und Bigenwald folgen, identifiziert die Custodiahaftung mit der Haftung bis zu vis maior (vergl. hierüber unten S. 34), der er auch für die spätere Zeit noch den Commodatar, Pfandgläubiger, Walker, negotiorum gestor etc. unterworfen sein läßt. Über die Ausführung der römischen Juristen, die ausführlich die singuläre Haftung der Schiffer 2c. begründen wollen, setzt sich Baron lediglich mit dem Bemerken hinweg, es handle sich dabei nur um eine historische Reminiszenz. Als Wesen der vis maior betrachtet Baron die Unüberwindlichkeit des schädigenden Ereignisses. Da aber diese Unüberwindlichkeit nicht absolut zu verstehen ist, — denn in diesem Sinne wären nach ihm nur einige wenige Ereignisse für Immobilien unabwendbar — so sucht er nach einem Maßstabe, an dem die Unüberwindlichkeit zu messen sei, und findet diesen in dem Verhalten des diligentissimus, des kritischen Kopfes; dasjenige, was für einen diligentissimus paterfamilias unüberwindlich ist, bezeichnet Baron als höhere Gewalt. Hierin liegt nur scheinbar ein objektives Merkmal,

[1]) Goldschmidt Band 16, Seite 329.

[2]) vergl. Seite 27.

insofern nämlich von der Person des Ersatzpflichtigen abgesehen wird; — aber eben nur scheinbar. Wird denn nicht auch bei der gewöhnlichen culpa Haftung zur Feststellung der Ersatzverpflichtung von der Person des Haftpflichtigen abgesehen und die Ersatzfrage darnach entschieden, ob der Betreffende die Sorgfalt angewandt hat, die ein Mann in dieser Stellung, der der übernommenen Verpflichtung durchaus gewachsen ist, (l. 9 § 5 D 19, 2) anzuwenden hat? Erhöht man nun diese Diligenz zu der eines diligentissimus, eines kritischen Kopfes, so ist doch nicht einzusehen, inwiefern hierin, im Gegensatz zur sonstigen Diligenzhaftung, ein objektives Merkmal liegen soll. Es wird hier also offenbar der nur an Umfang vergrößerte alte Maßstab der Diligenz angewandt, freilich mit dem Unterschiede, daß das Außerachtlassen der gesteigerten Diligenz keine culpa bedeuten soll, „da das Recht nicht von jedem verlangen kann, ein kritischer Kopf zu sein“[1]). Trotzdem aber wird gehaftet; es erhellt, daß hier nur ein Streit um Worte vorliegt. Ähnlich äußert sich Stinzing: „Daß man aber erst verspricht, dann nicht hält, dabei doch nicht Schuldner oder schuldig wird, aber doch wieder die Nichtleistung prästiert, will mir nicht einleuchten“[2]).

So kann man Huber keinen besonderen Vorwurf daraus machen, daß er in diesem Zusammenhange die längst begrabene culpa levissima wieder aufleben läßt. Und worin liegt denn nun der große Unterschied zwischen der Theorie Goldschmidt's und der Baron's? Goldschmidt verlangt die äußerste, irgendwie indizierte Sorgfalt; das würde auf lateinisch übersetzt zweifellos lauten diligentia diligentissimi; oder, wer wendet die von Goldschmidt geforderte Sorgfalt an? Offenbar Baron's kritischer Kopf. Die weiteren Schwächen der Baron'schen Theorie interessieren hier nicht; ich glaube dieserhalb auf Stinzing S. 432 ff verweisen zu dürfen[3]).

Etwas anders sucht Dernburg das Problem der vis maior zu lösen; er leitet die erhöhte Haftpflicht aus dem receptum daraus ab, „daß es sich in allen Fällen, wo von Haftung bis zur höheren Gewalt die Rede sei, um ein fortgesetztes Gewerbe mit ständigen Einrichtungen handle“[4]); er kommt zu dem Schluß: „Wer das Gewerbe eines Wirtes, Frachtführers treibt, dem liegt mehr ob, als die Umsicht eines ordentlichen Mannes[5]); er soll dauernd die wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen

[1]) Baron Bd. 78 S. 232.

[2]) Stinzing S. 436.

[3]) Über den Mangel hinreichender Quellenbegründung vergl. unten S. 19, 34, 37.

[4]) Dernburg Pr. Pr. II. S. 164.

[5]) gleichlautend in Pr. Pr. II. S. 165; Pand. II. 109, B. H. B. II. 140, Grünhut's Z. 342.

treffen, um diejenigen, welche mit ihm kontrahieren, oder auch dritte gegen Schaden zu sichern, falls er denselben vernünftigerweise voraussehen und ihm zweckmäßigerweise begegnen konnte. Wer dies versäumt hat, der haftet wegen der Unvollkommenheit seiner Veranstaltungen, wenn ihm auch im gegebenen Falle kein Vorwurf gemacht werden kann."

Auch Dernburg's Theorie läuft im wesentlichen auf eine Steigerung der Diligenzpflicht hinaus, denn, wer als Gewerbetreibender es unterläßt, die zum Schutze von Personen oder Sachen nötigen Vorkehrungen und Einrichtungen zu schaffen und zu unterhalten, haftet, weil er die ihm obliegende Verpflichtung zur Sorgfalt verletzt; denn er handelt nicht wie ein umsichtiger Mann in seinem Berufe hätte handeln müssen. Wenn Dernburg „dauernd" die „wirksamsten Einrichtungen" verlangt, so liegt hierin offenbar nur die Forderung einer Steigerung der sonst zu prästierenden Diligenz. Allerdings meint Dernburg, es läge in der Unterlassung der schützenden Vorkehrungen keine culpa; denn der einzelne könne aus seinem Vertrag mit dem Unternehmer nicht die Einrichtung und Unterhaltung derartiger Veranstaltungen fordern. Dies ist unhaltbar; wie würde es um die Verkehrssicherheit bestellt sein, wenn beim Verluste einer anvertrauten Wertsache der Wirt auf den Mangel eines verschließbaren Schreibtisches, die Bank auf das Fehlen eines Geldschrankes ꝛc. sich berufen könnte. Treffend sagt Hölder: „Als ob nicht der Erwerbsmann, was er dem Publikum schuldet, jedem einzelnen in Sachen seines Gewerbes mit ihm Verkehrenden schuldet"[1]).

Aber abgesehen von diesen Bedenken, wie oft müßte der Schutz der Haftung ex recepto versagen, wenn sie nur auf die Unterlassung tunlichst sichernder Vorkehrungen zurückzuführen wäre. Deutlich zeigt Hölder uns die Konsequenzen dieser Lehre durch Beispiele; wenn der Reisende wegen Überfüllung des Gasthofes mit einem andern Reisenden ein Zimmer teilen muß und in der Nacht von diesem bestohlen werde, so habe er keinen Ersatzanspruch gegen den Wirt, da doch für einen solchen Fall keine besonderen Vorkehrungen erwartet werden könnten oder verkehrsüblich wären, und der Reisende ja auch den Mangel sichernder Einrichtungen gekannt habe. Über das neuerdings von Dernburg in seinen Pandekten (S. 109) noch aufgestellte Erfordernis der Nichtvoraussehbarkeit vergleiche unten das über Stintzing Gesagte.

Auf dem Standpunkte Dernburg's steht im wesentlichen auch von Hahn, der besondere Vorkehrungsmaßregeln zum Schutze gegen äußere (im Gegensatz zu innerem Verderb der Ware) Ereignisse verlangt,

[1]) Hölder. S. 536.

sofern diese „nach allgemeiner Verkehrsanschauung in vernünftigem Verhältnis zu den durch sie zu erreichenden Erfolgen stehen“[1]).

Im praktischen Ergebnis sind auch Fischer's Ausführungen ähnlich. Fischer nimmt an, daß die Haftung ex recepto bis zu solchen Ereignissen reiche, denen gegenüber menschliche Kraft und Klugheit von vornherein machtlos sei. „Vis maior, führt er aus, liegt also vor, wenn die Unmöglichkeit der Leistung hervorgerufen wird durch ein schädigendes Ereignis, welches derartig auftritt, daß Menschenkräfte überhaupt nichts dagegen vermögen, seine schädigende Wirkung nicht abwenden können“[2]).

Soweit wäre Fischer ja allerdings zur objektiven Theorie zu stellen; aber in der Erkenntnis, daß es sehr zweifelhaft ist, ob diese Definition überhaupt etwas besagt, weil es nur sehr wenige, nach anderen gar keine Ereignisse der geschilderten Art gibt, fügt er hinzu, den absolut unabwendbaren Unfällen seien solche gleichzustellen, bei denen „eine Abwendbarkeit möglich wäre[3]) nur durch Schaffung derartig komplizierter Vorkehrungseinrichtungen, daß der dadurch erforderlich gemachte Aufwand in gar keinem Verhältnis mehr steht zum Betriebe und dessen Erträgnissen[4]).

Hiermit stellt Fischer sich auf den Boden der subjektiven Theorie; vergebens sucht er sich gegen diesen Schluß zu retten, indem er fortfährt: „man dürfe vor allem die Unüberwindlichkeit nicht individuell fassen, sie auf diese Weise wieder im Gegensatze zur culpa bringen und im Verhältnis zur Diligenz betrachten.“

Der Sinn dieses Satzes bleibt dunkel; was heißt es, daß wir dadurch die Unüberwindlichkeit in Gegensatz zur culpa bringen, daß wir sie individuell auffassen? Der culpa Maßstab ist doch abgesehen von der diligentia quam in suis abstrakt (vergl. hierzu das oben gegen Baron Gesagte). Oder sollen wir das Ereignis nicht individuell auffassen? Fischer's Beispiel schafft uns Aufklärung: Ein Verbrecher hat ein „für die Kräfte eines normalen Menschen“ transportables Felsstück auf die

---

[1]) von Hahn S. 436.

[2]) Fischer S. 274.

[3]) Fischer S. 276.

[4]) Es ist merkwürdig zu beobachten, wie Baron und Fischer, trotz der Verschiedenheit ihrer Untersuchungsmethode, beide zunächst verheißungsvoll das theoretisch ja so schön klingende Erfordernis der absoluten Unabwendbarkeit (Unüberwindlichkeit) aufstellen, dann aber doch angesichts des praktischen Lebens ihre Forderungen auf die relative Abwendbarkeit reduzieren; wie dann aber beide aus den im nächsten Paragraphen zu erörternden inneren Gründen daran scheitern, eine Grenzlinie zu fixieren zwischen den zu vertretenden, wenn auch trotz Anwendung der Sorgfalt eines dil. p. f. nicht abwendbaren und den nicht mehr zu vertretenden Ereignissen. — Über das Verhältnis der Formulierungen Baron's und Fischer's zu einander und zu der Goldschmidt's vergl. oben S. 8.

Schienen gelegt, und zwar so, daß der Lokomotivführer es nicht rechtzeitig sehen kann; die Geleise sind ordnungsgemäß revidiert, kurz, es liegt keinerlei Schuld auf Seiten der Bahnverwaltung vor; der Zug entgleist: Hier soll keine vis maior vorliegen, denn, „das den Unfall verursachende Hindernis[1]), welches wir nicht unter Berücksichtigung des konkreten Falles im Gegensatz zu der Sorgfalt in der Abwendung des Unglücks, sondern nach obigem objektivem Maßstabe beurteilen, wäre von einem einzelnen Menschen leicht beiseite zu schaffen gewesen, war nicht unüberwindlich." Demnach müßte Fischer auch keine vis maior annehmen, wenn eine Thomas-Uhr in einen Gasthof gebracht wird und dort explodiert, und zwar deshalb, weil — ein Mensch mit normalen Kräften die betreffende Kiste wieder hätte hinausbringen können. Der Fehler ist klar: entweder mußte Fischer alle Tatumstände berücksichtigen; hierdurch würde er, da er das Eintreten der Ersatzpflicht von der Abwendbarkeit des Ereignisses abhängen läßt, zur Haftung für culpa, allenfalls zu einer erhöhten Diligenzhaftung, zurückkommen; — oder aber, er darf überhaupt keinen Tatumstand des einzelnen Ereignisses berücksichtigen; ein Standpunkt, der einer ernstlichen Widerlegung nicht bedarf. Das Herausgreifen eines ganz beliebigen Tatumstandes ist eine durch nichts gerechtfertigte Willkür.

Eine andere Wendung hat Stintzing der subjektiven Theorie gegegeben; er läßt das Merkmal der Unabwendbarkeit, dem wir bisher immer wieder, wenn auch in verschiedenen Fassungen und Graden, begegnet sind, fallen und entscheidet, ob ein Ereignis vis maior sei oder nicht, danach, ob es voraussehbar war; in Stintzing's Sinn voraussehbar sind die „Zufälle", mit denen der Verkehr rechnet, die „der Verkehr mit in den Kauf nehmen muß, wenn er überhaupt bestehen will"[2]).

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß Stintzing's Begriff der Voraussehbarkeit so unbestimmt ist, daß seine praktische Verwendbarkeit sehr zweifelhaft erscheinen muß; hierüber darf uns auch Stintzings Erklärung nicht täuschen, ob ein „Zufall" voraussehbar sei oder nicht, müsse nach allgemeiner Verkehrsanschauung beurteilt werden; entscheidend müsse sein, ob der Verkehr mit gewissen Ereignissen (Schadensmöglichkeiten) rechne. Wie soll das „rechnen" näher bestimmt werden?: Ich versichere meine Habe gegen Diebstahl, Feuer, Wasser; ich versichere mein Leben gegen Unfall: rechne ich deshalb mit dergleichen Schadensmöglichkeiten? und hätten Unfälle der jeweils in Frage kommenden Art als voraussehbar zu gelten? Ferner: Eisenbahnen und größere Betriebsgenossen-

[1]) Fischer S. 276.
[2]) Stintzing S. 462.

schaften werden in ihren Budgets stets einen Posten generell für Unfälle ansetzen; sie rechnen also doch offenbar mit verschiedenartigen schädigenden Ereignissen: In wie weit soll der einzelne Unfall als voraussehbar gelten? In diesen und zahllosen ähnlichen Fällen geben uns weder Stintzing noch die Verkehrsanschauungen, auf die er uns verweist, irgendwelche Aufklärung.

Weiter ist aber dieses Merkmal der Voraussehbarkeit gänzlich willkürlich; wollte man streng danach urteilen, so würde man zu den unbilligsten Resultaten gelangen: Ein Bergrutsch, eine Überschwemmung werden häufig denselben Schaden anrichten, einerlei, ob sie voraussehbar waren oder nicht; es wäre ungerecht, hier einmal den Befreiungsgrund der vis maior zu geben, dort ihn abzuschneiden.

Stintzing's Motivierung und Exemplifizierung sind denn auch merkwürdig: „Einfall von Räubern und Feindesgewalt sind nicht unüberwindlich, nämlich dann nicht, wenn sie vorhergesehen werden können“[1]). Unwillkürlich muß man bei diesem Satz bedauern, daß Stintzing uns das Geheimnis des zwingenden Kausalzusammenhanges zwischen Voraussehbarkeit und Abwendbarkeit vorenthält. Der eigentliche Mangel der Stintzingschen Theorie scheint mir darin zu liegen, daß Stintzing ohne inneren Grund oder tiefere Berechtigung eine Seite der allgemeinen Diligenzpflicht, nämlich die Pflicht zur Voraussicht, herausgreift und übermäßig betont. Zwar enthält Stinzing's Theorie mehr objektive Merkmale als die bisher besprochenen Theorien, zwar nähert sie sich der objektiven Auffassung (zu der Volkmar und Kriege sie stellen), doch hat Stintzing recht, wenn er seinen Standpunkt „als eine Modifikation der subjektiven Theorie“ bezeichnet; denn es heißt doch nicht, die Natur eines Ereignisses oder *seine objektiven Eigenschaften* charakterisieren, wenn wir von seiner *Voraussehbarkeit* oder Abwendbarkeit reden. Notwendigerweise muß Stintzing's Theorie in der Praxis bei ihrer uneingeschränkten Rücksichtnahme auf die Verkehrsanschauungen, bei dem Betonen der „individualisierenden Billigkeit“ (Seite 463), zur Diligenz, allenfalls zu einer erhöhten Diligenzhaftung zurückführen.

Darüber, daß Stintzing's Theorie im eklatanten Widerspruch mit den Quellen steht, vergl. S. 38.

Einen ähnlichen Standpunkt wie Stintzing vertritt *Knauer*; ich glaube mich hier mit der Wiedergabe einiger Beispiele Knauers begnügen zu dürfen, aus denen, wie *mir* scheint, das Unpraktische seiner Theorie

[1]) Stintzing S. 438. Ich greife diesen Satz aus dem Zusammenhang heraus, weil m. E. in ihm am besten der Fehler der Stintzing'schen Theorie zu Tage tritt.

hervorgeht. „Wenn ein Mensch beim Ueberschreiten der Geleise vom plötzlichem Unwohlsein befallen wird, so daß er hinstürzt und von einem Zuge überfahren wird, so ist er überhaupt nicht tätig gewesen. Es fragt sich daher nur, ob die Eisenbahn ein solches Ereignis generell voraussehen kann. Das ist zu bejahen. Die Krankheit eines Menschen ist nichts Außergewöhnliches." Wir sehen hier dieselbe Willkür wie oben bei Fischer.

„In jedem Fall aber ist es gleichgültig[1]), ob die Handelnden einen civilrechtlich oder strafrechtlich erheblichen Willen haben oder nicht. Auch die absichtliche Handlung eines Kindes, eines Wahnsinnigen oder Trunkenen kann höhere Gewalt darstellen, während ein unbewußt von denselben verursachter Schaden nie als von höherer Gewalt hervorgerufen gilt."

„Es ist nicht höhere Gewalt, wenn ein Trunkener aus Unvorsichtigkeit an die Signalstange eines Bahnhofes gerät, sich daran festhalten will und dabei die Signale verstellt, so daß ein Zusammenstoß stattfindet. Würde der Trunkene absichtlich handeln (!), so läge höhere Gewalt vor, da in dieser Tat sich ein solch starker, verbrecherischer Wille ausdrückt, daß sie zu den nicht im Allgemeinen voraussehbaren Ereignissen zählt." Warum das eine voraussehbar, das heißt in Knauer's Sinn vom Unternehmerwillen umfaßt sein soll, das andere nicht, ist nicht einleuchtend.

Der Vollzähligkeit halber erwähne ich hier noch die Arbeiten von Schneider und Engelmann. Schneider kommt in seiner Abhandlung, in der er Vermutung auf Vermutung, oft ohne hinreichende Substanzierung, aufbaut, zu dem Resultat: „Vis maior ist der abstrakt und konkret, objektiv und subjektiv, nach menschlichen Verhältnissen unabwendbare, unverschuldete Unfall"[2]). Um diese „Definition" verständlich zu machen, müßte ich eingehend Schneider's Gedankengang darlegen, worauf ich bei der geringen Bedeutung der Schneider'schen Theorie glaube verzichten zu dürfen. Engelmann definiert die höhere Gewalt als einen „in abstracto unverschuldeten Unfall"[3]).

Endlich muß ich hierher noch eine Gruppe von Schriftstellern setzen: Bähr und Gerth; letzterer legt in seiner scharf kritischen Abhandlung die Mängel der subjektiven und objektiven Theorie dar; auf Grund eingehender Untersuchungen kommt er zu dem Resultat, daß die römischen Juristen casus und vis maior als identische Begriffe betrachten; anders sei es in den neueren Reichsgesetzen, die unter höherer Gewalt etwas anderes als Zufall verstanden wissen wollten. Aber „das Suchen nach Unterscheidungs-

[1]) Knauer S. 140 [2]) Schneider S. 381. [3]) Engelmann S. 162.

merkmalen könne nicht zum Finden führen, weil der Begriff haltlos sei und sich auf Verkennung des Wesens der Diligenz aufbaue."[1])

Gerth's geistreiche und verdienstvolle Schrift hat wohl auch auf den Beschluß des 22. deutschen Juristentages eingewirkt, der die Aufnahme der höheren Gewalt in das B. G. B. widerrät.

§ 3.

Prinzipielle Bedenken gegen eine subjektive Auffassung.

„Das Wesen der subjektiven Auffassung liegt"[2]), wie wir sahen, „in der Steigerung des Diligenzbegriffes, hierin liegt aber auch ihr Kreuz." Wie verschieden auch von den einzelnen Vertretern der subjetiven Theorie die Steigerung der Sorgfalt bestimmt werden mag, so wird man doch nie auf diesem Wege zu einem befriedigenden Resultat gelangen. Gewiß soll nicht bezweifelt werden, daß es eine Sorgfalt gibt, die über die des diligens pater familias hinausgeht, und Puchta's Wort (Vorl. 2, 99), über die Sorgfalt eines dil. p. f. hinaus liege nur die Sorgfalt eines Narren oder eines Pendanten, ist in dieser Allgemeinheit wohl unzutreffend. Aber woher sollen wir für diese gesteigerte Diligenz den sicheren Maßstab nehmen, den wir für einen Rechtsbegriff brauchen? Gefordert wird eine außerordentliche, irgendwie angezeigte Sorgfalt, jedenfalls also etwas durchaus Ungewöhnliches, etwas, was wir im täglichen Leben selten, sehr selten finden. Wie soll aber der Richter feststellen, bis zu welchem Grade das Übermaß über die gewöhnliche Sorgfalt zu fordern ist? Immer wird es noch einen Menschen geben, der in der Lage des Ersatzbeklagten noch vorsichtiger, noch sorgfältiger gehandelt haben würde; streng genommen kann also der Nachweis, man habe die äußerst mögliche Sorgfalt angewandt, so gut wie nie gelingen. Denn die Sorgfalt, welche über die des dil. p. f. hinausgeht, „hat wohl einen Anfang, aber kein Ende. Sie beginnt da, wo die gewöhnliche Sorgfalt aufhört, aber es ist unmöglich zu sagen, wo sie endet."[3]) Es wird auch schwerlich je gelingen, einen brauchbaren Maßstab für die geforderte Steigerung der Diligenz zu finden, denn „das Außerordentliche ist immer individuell, untypisch, und darum zum Vergleichungs- und Maßmittel untauglich[4])." Und wie würde sich die „äußerste Sorgfalt" des „diligentissimus" in praxi ausnehmen, wenn man wirklich Ernst mit den Superlativen machen wollte? Man müßte, wie das Reichsgericht Band 21 S. 17 ausführt, dem Eisenbahnunternehmer die Pflicht auferlegen,

[1]) Gerth. S. 211. [2]) Gerth. S. 110. [3]) Gelpcke S. 364. [4]) Exner S. 22.

die ganze Bahnstrecke auf beiden Seiten mit Mauern zu versehen, oder derartig mit Wächtern zu besetzen, daß es unmöglich wäre, beim Herannahen eines Zuges die Geleise zu überschreiten, oder, man müßte vom Gastwirt verlangen, um sein Haus Wachtposten gegen Diebe aufzustellen und jedes Gepäckstück etwa mit Watte zu umwickeln, um Sachbeschädigungen vorzubeugen. Oder das Beispiel, das Baron[1]) anführt: „Der Eisenbahnzugführer, welcher ein dil. p. f. ist, läßt den Zug in gewohnter Weise nach dem Fahrplan verkehren, auch wenn die schärfste Kälte eingetreten ist; ein kritischer Kopf läßt den Zug alsdann öfter anhalten, um die Räder öfter zu untersuchen. Der Stationsvorsteher, welcher ein dil. p. f. ist, gibt sich zufrieden, wenn der die Räder untersuchende Beamte sie in gewohnter Weise mit dem Hammer beklopft; der kritische Kopf untersucht, wenn eine schwere Kälte eingetreten ist, vorher, ob nicht das Ohr des beklopfenden Beamten unter dem Frost gelitten hat." — Ja, aber warum läßt der kritische Kopf das Ohr nicht lieber von einem Spezialarzt untersuchen; er müßte dann eben bei starkem Frost auf jeder Station einen Arzt zur Verfügung stellen. Und wehe! wenn der kritische Kopf den einzigen im Ort ansässigen Arzt nicht für zuverlässig hält. . . . Der kritische Kopf läßt den Zug „öfter", wahrscheinlich recht oft halten; ob er dabei wirklich ein „bedeutendes Vehikel für den Verkehr" ist?

Es geht mit dieser Lehre von der äußersten vernünftiger Weise zu erwartenden Sorgfalt ähnlich wie mit der im Strafrecht herrschenden Kausalitätslehre[2]): Sie hält sich, weil man die aus ihr sich ergebenden Konsequenzen nicht zieht, vielmehr im konkreten Fall doch immer nur die diligentia b. p. f. fordert und anwendet; manche Formulierungen, so z. B. die Dernburg's bedeuten von vornherein nichts weiter, als die für ein bestimmtes Gewerbe spezialisierte Sorgfalt eines dil. p. f.

Es ist leicht zu zeigen, daß die Tendenz, den „verewigten" diligentissimus wieder zu Leben und Ansehen zu bringen, vornehmlich auf einer Unterschätzung des bonus p. f. beruht; so ist z. B. der b. p. f. wie Baron ihn schildert (S. 232), nicht viel mehr als ein Nachtwächter, oder ein alter Pedant, wie Baron selbst sagt, „ein guter Mann, aber ein schlechter Musikant"; was dies besagen will, sehen wir besonders deutlich an den Ausführungen Huber's, der behauptet (S. 58), man könne einem Bauern, der es als Unternehmer an der erforderlichen Sachkenntnis fehlen lasse, die mangelnde Kenntnis nicht zur Schuld rechnen.

[1]) Baron Bd 78 S. 232.

[2]) vergl. hierzu z. B. Liepmann „Einleitung ins Strafrecht."

Liegt denn etwa auch keine culpa vor, wenn ein Bauer meine Uhr zu reparieren sich verpflichtet und dabei das ganze Uhrwerk verdirbt, weil er statt eines geeigneten Instrumentes seine Sense anwendet? Auch die Beispiele, die Goldschmidt bringt, zeigen deutlich eine Verkennung des von der römischen Jurisprudenz ausgebildeten Begriffs; so führt Goldschmidt (Bd. 3, 113) als einen Fall an, in dem die „verstärkte Haftung" Platz greife, wenn „ein Schiffer in unbekannter Gegend, oder an einem Orte, wo notorisch viel gefährliches Gesindel sich umhertreibt, ohne Not anlegt, oder doch nicht für besonders starke Bewachung seines Fahrzeuges sorgt." Es kann kaum ein Zweifel bestehen, daß hier einfache culpa vorliegt. Es ist eben falsch, den dil. p. f. als eine für das ganze Privatrecht sterotype Figur hinzustellen; den Vergleichsmaßstab haben wir vielmehr von einem tüchtigen und umsichtigen Manne zu nehmen, der sich in der Lebens- und Berufslage des jeweils in Frage kommenden Menschen befindet, und der den übernommenen Pflichten durchaus gewachsen ist; vergleiche hierzu l. 9 § 5 D. 19, 2: — et quod imperitia peccavit, culpam esse quippe ut artifex conduxit. Auch die Praxis der höchsten Gerichtshöfe (vergl. z. B. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 2, S. 247, Bd. 8, S. 27 u. 159, Bd. 21, S. 13) bringt in den Entscheidungen, denen ausgesprochenermaßen die subjektive Theorie zu Grunde liegt, den Beweis, daß eine theoretisch geforderte erhöhte Diligenz tatsächlich immer wieder auf die einfache Haftung für culpa hinauskommt

Eine derartige Theorie würden wir nur dann notgedrungen annehmen, wenn überzeugende Quellenbeweise dafür gebracht wären. Baron stützt sich auf zwei Stellen, die in dieser Hinsicht die einzig unbestreitbaren seien. l. 18 pr. D. comm. 13. 6. (Gaius).

„In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissmus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum," etc. und: 2) l. 2 § 1 D. 18, 6:

„et puto eam diligentiam venditorem extribere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum;" und doch sind diese Zeugnisse nach verschiedenen Richtungen hin zu bestreiten:

1. heißt quisque dil. p. f. jeder gute p. f.; ebenso wie wir immer optimus quisque mit „jeder gute Mensch" übersetzen würden; vergl. hierzu auch die Glosse: „diligentissimus, i. e. diligens, ut ponatur superlativus pro positivo;" vergl. auch lex 25 § 7 D. 19, 2: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset;

2. macht ein Vergleich mit der l. 23 D. 50, 17[1]) die Tatsache, daß von einer besonderen Haftung in dem angeführten Fragment nicht die Rede sein kann, noch deutlicher. Bezüglich der zweiten Stelle siehe S. 37. Mit demselben Recht könnte Baron noch drei verschiedene Stufen der über die gewöhnliche Sorgfalt hinausgehenden Diligenz fordern; ist doch in den Quellen bald von exacta, bald von exactior (l 3 D. 18, 6), bald von exactissima diligentia die Rede.

Wir sehen also, daß die subjektive Theorie weder mit dem positiven Recht übereinstimmt, noch auch einen brauchbaren Begriff der vis maior entwickelt hat und auch nicht entwickeln kann; mit dem Kriterium der Abwendbarkeit müssen wir notwendig immer wieder zur einfachen culpa Haftung zurückkommen.

§ 4

Die objektive Theorie in ihrer positiven Fassung.

Der Hauptvertreter und Begründer der objektiven Theorie für die neuere Rechtswissenschaft ist Exner. Ich werde deshalb auf seine glänzende Abhandlung ausführlicher eingehen müssen.

Exner geht davon aus, daß der Prätor mit der unbedingten Fassung seines Edikts nautae caupones stabularii, quod receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo die Schuldfrage habe ausschließen wollen; zum Beweise beruft Exner sich auf das omnimodo tenetur, etiam si sine culpa. Nur zwei Tatsachen habe der Geschworene prüfen sollen: Aufnahme des Gutes, Ablieferung;[2]) „fand er die erste bewiesen, die zweite ausgeblieben, so mußte er auf Ersatz erkennen. Dabei gab es keine Schuldfrage und keine Würdigung des konkreten Falles." Der Recipient hafte eben ex lege, wie ein Versicherer; hierdurch entfalle „die Veranlassung, nach einem Verschulden zu fragen,[3]) da Beklagter bei einfachem Zufall nicht minder hafte als bei Verschulden." Den Grund für diese überaus strenge Haftung sieht Exner in dem Beweisnotstand, in dem sich der Vertragsgegner dem Recipienten gegenüber regelmäßig befinde; einmal sei schon der Beweis der dem Geschädigten bekannten Tatsachen vielfach außerordentlich schwierig; noch schlimmer aber sei meistens die Lage des Ersatzklägers dadurch, daß er die[4]) „in concreto entscheidende Tatsachenreihe in ihrer Vollständigkeit und wirklichen Folge nicht in Erfahrung bringen könne, während andererseits es dem die Sachlage gut übersehenden Beklagten

[1]) — commodatum recipit et diligentiam. — Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

[2]) Exner S. 32. [3]) Exner S. 35. [4]) Exner S. 41.

ein Leichtes sei, dem Richter durch ausschließliche Anführung der zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen die Überzeugung von seiner Unschuld beizubringen." Da hierdurch häufig das gute Recht des Beklagten auf Schadenersatz illusorisch gemacht werde, so greife das Gesetz helfend ein, indem es die Schuldfrage eliminiere, von dem Eingehen auf den konkreten Fall absehe und dem Unternehmer eine absolute Haftung auferlege. Eine Ausnahme von dieser Regel sei, da das Gesetz die Versicherungshaftung ja nicht um ihrer selbst willen, sondern nur aus Rücksicht auf den Beweisnotstand des Geschädigten auferlege, nur da gerechtfertigt, wo durch die Natur des schädigenden Ereignisses prima facie jeder Schuldverdacht ausgeschlossen erscheine.[1]) „Liquidität des Sachverhaltes zu Gunsten des Rezipienten ist also das Princip der auf „höhere Gewalt" sich stützenden Einrede" Die erforderte Liquidität des Sachverhalts, führt Exner weiter aus, sei nur unter zwei Voraussetzungen gegeben; erstens müsse das Ereignis rein räumlich betrachtet außerhalb der betreffenden Verkehrsunternehmung seinen Ursprung haben; ausgeschlossen sind hier alle Betriebsunfälle im weitesten Sinne. Ferner aber dürfe das Ereignis, um prima facie vom Schuldverdacht zu entlasten, nicht einer jener Zufälle sein, die im Lauf des Lebens in dieser oder jener Gestalt immer wiederkehrten, sondern es müsse sich von diesen durch seine elementare Kraft und Heftigkeit deutlich abheben. Das Ergebnis seiner Untersuchungen faßt Exner (S. 86) so zusammen:

„Höhere Gewalt ist ein Ereignis, welches 1) außerhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat, und welches

2) vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt."

Wie wir sehen, baut Exner seine ganze Lehre auf dem angeblichen Beweisnotstand des Ersatzklägers auf. Wenn es schon sehr zweifelhaft erscheint, ob eine so exorbitante Haftung, wie Exner sie annimmt, nur wegen einer schwierigen Beweislage eingeführt und berechtigt ist, so werden wir uns diesem Fundament der Exner'schen Lehre um so kritischer gegenüber zu stellen haben, als die Quellen nichts von einer derartigen ratio legis erwähnen, diese Annahme auch weder in den Rechtsätzen noch auch in den dieselben erläuternden Beispielen eine Begründung findet; im Gegenteil, die Quellen machen einen andern Grund für den Erlaß des Ediktes ausdrücklich namhaft:

[1]) Exner S. 55.

l. 1. § 1 D 4, 9 et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus, und l. 3 § 1 D. eod. ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum —

und dieser Grund ist um vieles wahrscheinlicher, als der von Exner angenommene, denn es scheint mir viel einleuchtender zu sein, daß die Gefahren, denen der Reisende bei der Unsicherheit der damaligen Verkehrsverhältnisse tatsächlich ausgesetzt war (vergl. hierüber Ulpian's maxima utilitas est huius edicti, auch Friedländer, Sittengeschichte, Roms II. S. 37 ff.), die erhöhte Haftung veranlaßt haben — eine vom materiellen Recht zu berücksichtigende Tatsache als Grund für eine Bestimmung des materiellen Rechts — als die unter Umständen dem Ersatzkläger erwachsenden Beweisschwierigkeiten — ein nicht immer gegebener prozeßrechtlicher Grund für eine sehr harte Bestimmung des materiellen Rechts. — Ebensowenig wie der Ausgangspunkt Exner's stimmen seine Schlüsse mit den Quellen überein, in denen sich weder das Erfordernis der räumlich äußeren Herkunft noch das der Außergewöhnlichkeit begründet findet. (Das Nähere hierüber siehe unten S. 38, 39).

Wenn wir jetzt von dem Fehlen jeder quellenmäßige Begründung absehen und fragen, ob die Lehre Exner's vielleicht aus allgemeinen Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen zu empfehlen ist, so kann auch diese Frage nur verneinend beantwortet werden. Denn sie führt, konsequent angewendet, zu große Härten und Ungerechtigkeiten. Der eigentliche Grund hierfür liegt darin, daß Exner einem Begriff des materiellen Rechts fast ausschließlich mit prozeßrechtlichen Gedanken beizukommen sucht; dies macht sich nach zwei Richtungen hin besonders bemerkbar: Der materiell rechtliche Grundgedanke, der sich durch Exner's Arbeit hindurchzieht, ist der, daß der Schuldige haften, der Unschuldige frei sein soll; anders ausgedrückt: Könnte man den Rezipienten in den Fällen tatsächlichen Verschuldens auch immer treffen und haftbar machen, dann würde eine besondere, eigenartig gestaltete Haftung ex recepto vollkommen unbegründet und überflüssig sein (vergl. z. B. Exner S. 53). Lediglich um der Beweisschwierigkeiten willen, die sich der Durchführung des Ersatzanspruchs entgegenstellen können, will Exner grundsätzlich den Unternehmer schlechthin haften lassen. Dies muß notwendig dort zu großen Unbilligkeiten (auch nach dem Grundgedanken Exner's: Schuldhaftung!) führen, wo keine Ausnahme (s. o.) von der Regel gegeben ist, andererseits aber die Unschuld des Beklagten über jeden Zweifel erhaben ist. Auf der einen Seite hat also Exner den Beweisnotstand zu gründlich beseitigt, er hat „das Kind mit dem Bade ausgeschüttet" (Gelpcke)

er hat, scheint mir, die Schwierigkeit nicht im Sinne des modernen Rechts sondern etwa des Rechts der fränkischen Zeit gelöst, in der man auch Schuldfragen nach typischen, äußeren Handlungen oder Ereignissen zu lösen gewohnt war. Auf der anderen Seite hat Exner einen Beweisnotstand für den Kläger geschaffen, der wohl viel schlimmer ist als der oben erwähnte: Aus dem Vorliegen eines vis maior Ereignisses folgert Exner nicht etwa ohne weiteres die Befreiung des Ersatzbeklagten; sondern, da ja nach ihm das Vorliegen jener Ereignisse nur prima facie vom Schuldverdacht befreien soll, so tritt jetzt, d. h. nach erwiesener vis maior, lediglich die Wirkung ein, daß bis auf weiteres die Unschuld des Ersatzbeklagten präsumiert wird[1]) (vergl. Exner S. 79 und 80). Jetzt soll der Ersatzkläger „die tatsächlichen Anhaltspunkte für die Schuld des Beklagten aufsuchen und beibringen" müssen. Das ist es ja aber gerade, was nach Exner in den dem receptum zu grunde liegenden tatsächlichen Verhältnissen so außerordentlich schwierig, ja fast aussichtslos ist (vergl. z. B. S. 41 ff). Die zu Gunsten des Ersatzklägers geschärfte Haftung schlägt jetzt offenbar ganz zu seinen Ungunsten um. Denn während sonst der Klage ex locato gegenüber derjenige, der sich auf die Unmöglichkeit der Leistung beruft, seine Schuldlosigkeit beweisen muß, ist hier der ex recepto Klagende gezwungen, eine ihm entgegenstehende Unschuldspräsumption zu entkräften.

Noch in einem andern Punkte ist es Exner nicht gelungen, das ihm vorschwebende Ziel zu erreichen: das Ereignis an sich soll entscheiden, ob vis maior vorliegt oder nicht; es darf deshalb nicht, wie Exner (S. 81) auch selbst sagt, und was er auch zu erreichen strebt, dasselbe Ereignis einmal vis maior sein, dann wieder nicht. Dies ist aber nach Exner's Resultat sehr wohl möglich. Das Ereignis soll „außerhalb des Betriebskreises der betreffenden Unternehmung entsprungen" sein. In London sind Überführungen der Geleise einer railway company über die einer anderen nichts seltenes; nehmen wir nun an, in dem auf der Unterführung fahrenden Zug explodiert eine Thomas-Uhr; der gleichzeitig oben fahrende Zug wird mit in die Luft gesprengt; offenbenbar ist hier (nach Exner's Definition) dasselbe Ereignis für die eine Gesellschaft vis maior, für die andere nicht; denn das schädigende Ereignis hat seinen Ursprung innerhalb des Betriebskreises der einen, außerhalb des der anderen Unternehmung.

Stürme, Bergstürze, sogar Erdbeben werden, je nach der Gegend,

[1]) Einen tieferen Grund für diese Umkehrung der Beweislast vermag ich nicht einzusehen; man lese die von Exner S. 69 angeführten Beispiele und frage sich, ob nicht gerade derartige Ereignisse lichtscheuem Gesindel die beste Gelegenheit bieten, unter Benutzung der allgemeinen Panik ihre unsauberen Manipulationen auszuführen.

in der sie auftreten, bald als vis maior im Sinne Exner's aufzufassen sein, bald nicht. Und dergleichen Beispiele mehr.

So wenig es Exner gelungen ist, eine absolute Definition der vis maior aufzustellen, so wenig wird dies wohl je gelingen; den tieferen Grund hierfür sehe ich in der relativen Natur der menschlichen Anschauung, sowie auch in der großen Verschiedenheit menschlicher Verhältnisse.

Abgesehen von allen anderen gewichtigen Bedenken (über die nur scheinbare Bestimmtheit der von Exner aufgestellten Kriterien für das Vorliegen einer vis maior glaube ich auf Gerth's vortreffliche diesbezügliche Ausführungen verweisen zu dürfen) scheint mir das schwerwiegendste Moment gegen Exner's Lehre auf wirtschaftlichem Gebiet zu liegen: Das Vorliegen eines vis maior Ereignisses ist nach Exner etwas außerordentlich Seltenes; wie er selbst ausführt (S. 81), wird der Richter schon aus den äußeren Umrissen des Sachverhalts die diesbezügliche Frage „meist negativ" beantworten und daher zur Klagabweisung gelangen müssen; das heißt, positiv ausgedrückt, bis auf verschwindend wenige Ausnahmefälle, die fast nie praktisch werden, haftet der Rezipient, der Gastwirt der Eisenbahnunternehmer ꝛc. für alle Unfälle, mag auch sein ganzes Hab und Gut ohne jede Schuld seinerseits zugrunde gehen, mag er auch durch den Unfall, der ihn weit schwerer trifft als die Gegenkontrahenten, dem wirtschaftlichen Ruin nahegebracht werden: wenn nur jene Ereignisse nicht zufällig die Exner'schen Kriterien aufweisen. Ich frage, welcher Unternehmer, welcher Rezipient könnte eine derartige Haftungslast ohne eine Versicherungsprämie, ohne einen verhältnismäßig hohen Aufschlag auf seine sonstigen Forderungen tragen?

Und liegt weiter nicht darin eine Ungerechtigkeit schlimmster Art, daß Exner, indem er die Beseitigung des angeblichen Beweisnotstandes zu sehr zum Selbstzweck erhebt, lediglich einigen wenigen Arten von Ereignissen befreiende Wirkung beilegt? Muß es nicht unser Gerechtigkeitsgefühl verletzen oder doch wenigstens unbefriedigt lassen, wenn bestimmte Ereignisse, deren Umkreis aus dem einseitig übertriebenen Gesichtspunkte der Beseitigung des Beweisnotstandes eng umgrenzt ist, den Recipienten befreien sollen, andere Ereignisse, die ihn ebenso schwer treffen, wiederum nicht, wenn doch beide Arten von Ereignissen in keinem inneren, d. h., kausalem Zusammenhang mit dem Charakter der Unternehmung stehen, wenn es also vom Standpunkt des Unternehmers, wie auch seines Vertragsgegners reiner Zufall ist, wer für die Folgen eines schädigenden Ereignisses einstehen soll?! Hierin liegt zweifellos eine durch rein

prozeßrechtliche Gründe nicht zu rechtfertigende Willkür (im Gegensatz zu innerer Gerechtigkeit).

Trotz dieser vielen und wichtigen Gründe, die gegen seine Theorie sprechen, dürfen wir Exner's Verdienst um die Entwickelung der neueren objektiven Theorie, die wir im folgenden weiter verfolgen werden, nicht gering anschlagen; ihm bleibt vielmehr der Ruhm, das Feld für einen neuen Siegeszug der objektiven Theorie geebnet zu haben.

§ 5. (Fortsetzung.)

Exner schließen sich im Resultat Hölder und Hafner[1]) nahezu völlig an. Letzterer sieht den Grund für die strenge Haftung des Wirtes 2c. nicht in einem Beweisnotstand, sondern in einer Zwangsversicherung; damit löst er die Frage nicht; wir wollen doch gerade wissen, weshalb die strenge Haftung (oder die Zwangsversicherung) eingeführt ist. Hafner nimmt Exner's Formulierungen an, setzt jedoch an Stelle des „höhere Gewalt ist ein Ereignis . . .": höhere Gewalt ist ein Zufall . . " (richtiger und klarer wäre die Formulierung: ein Ereignis, sofern es sich als Zufall darstellt). Der praktische Unterschied liegt darin, daß nach Hafner der sich auf höhere Gewalt Berufende immer seine Unschuld beweisen muß. Hierin sehe ich gegenüber dem Exner'schen Standpunkt einen Fortschritt, insofern Hafner den mehr prozeßrechtlichen Gedanken Exner's zu einem mehr materiellrechtlichen vertieft.

Exner nahe steht ferner Cosack. Seine Stellung enthält jedoch eine Inkonsequenz gegen seine eigene Lehre; er läßt das Kriterium der äußeren Provenienz fallen: „höhere Gewalt sind nur äußere Unfälle[2]), d. h. Unfälle, deren Ursache außerhalb des Frachtbetriebes der Eisenbahn liegen."

Nun steht Cosack[3]) aber auf dem Standpunkt der trotz von Kries noch immer im Strafrecht herrschenden Kausalitätslehre (v. Liszt, Reichsgericht), die in ihrer Sophistik jeden Unterschied zwischen Ursache und Bedingung leugnet. Im Strafrecht vermeidet diese Lehre die sich aus ihr ergebenden unhaltbaren Konsequenzen, indem sie eine scharfe Trennung zwischen Verursachung und Verschuldung vornimmt, und indem erst das Vorhandensein von Vorsatz oder Fahrlässigkeit eine Handlung rechtlich relevant machen soll. Wie völlig unbrauchbar aber diese, herkömmlich sogenannte, conditio sine qua non Theorie für das Civilrecht ist, zeigt sich an Fällen der vorliegenden Art, wo, wie auch von Cosack angenommen

[1]) Ähnlich auch dem Grundgedanken nach, mit Beschränkung auf die Haftung der Gastwirte Langen: Die privatrechtliche Stellung der Wirte.

[2]) Cosack Handelsrecht S. 448.

[3]) unter ausdrücklicher Berufung auf v. Liszt, vergl. Cosack Lehrb. d. B. G. B. S. 320, § 91, 4 a u. b.

wird, eine Haftung ohne Verschulden statuiert ist: hier kann, wenn im konkreten Falle keine Schuld vorliegt, von einer Haftung gar nicht mehr die Rede sein; denn ebenso wie das schädigende Ereignis hat doch auch der Gegenkontrahent selbst den Schaden verursacht (bedingt), indem er z. B. die Sachen in die Bahn verlud oder in den Gasthof brachte. Denn es sind ja nach jener Lehre alle Ursachen und Bedingungen gleichgleichwertig; es wäre deshalb reine Willkür, wenn man hier irgend eine der doch gleichwertigen Bedingungen herausgreifen wollte. Ich mußte diese Abschweifung machen, um für meine späteren Ausführungen zu rechtfertigen, daß ich mich auf den Boden der adäquaten Theorie stelle (im Sinne v. Kries, Merkel, Liepmann); es war um so nötiger, als eine unklare Stellung zum Kausalitätsproblem manche Unklarheit in der vis maior Literatur verursacht hat, namentlich bei der Frage nach der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges.

Ehe ich den Entwicklungsfaden des Begriffs der vis maior wieder aufnehme, möchte ich noch der Dissertation Brunner's gedenken, die wegen der merkwürdigen Resultate, zu denen Brunner gelangt, schlecht in die zu gebende Übersicht paßt. Brunner geht, wie Baron, v. Hollander 2c. von der Kustodia aus, und man glaubt schon, auch er werde eine nur scheinbar objektive Lösung der Frage bringen (S. 66), als er mit der Konstruktion eines objektiven Merkmals überrascht und so auf den Boden der objektiven Theorie gelangt. Aber um welchen Preis! Das schädigende Ereignis soll, wie auch die Quellen es täten, objektiv betrachtet werden, „ohne Rücksicht darauf[1]), ob dasselbe durch geeignete Vorsichtsmaßregeln hätte abgewendet werden können", und zwar müsse „bei der großen Verschiedenheit der überhaupt möglichen Ereignisse und der Mannigfaltigkeit menschlicher Schutzmaßregeln", um eine objektive Bestimmung dessen, was unwiderstehlich sei, geben zu können, „das Verhältnis des Betroffenen zu dem schädigenden Ereignis auf den kleinsten Zeitraum beschränkt, d. h. dieses in der Weise gedacht werden, als ob es unvermutet eingetreten wäre." Man wird sich kaum des Gedankens erwehren können, daß hier eine Spielerei vorliegt; denn man begreift nicht recht, welchen praktischen Wert diese mühsame Konstruktion haben soll, die dem römischen wie dem modernen Recht gleich fernliegt. In den Quellen ist diese Ansicht keineswegs begründet. Auch bleiben noch Unklarheiten; wie soll z. B. der Widerstand gegen unkörperliche Kräfte, wie die Körperlage und die Geistesgegenwart des Betroffenen bestimmt werden? Wie,

[1]) Brunner S. 68, 72.

wenn zwei Kustodienten gemeinsam die Bewachung einer Sache übernommen haben? Aber mit dieser einen „Denkform" ist es nicht genug; es kommt eine zweite hinzu, die er, wie Windscheid, aus der Kustodia ableitet: ein Ereignis sei dann nicht höhere Gewalt, wenn es durch die zu fingierende, spezielle persönliche Beaufsichtigung und Bewachung hätte abgewendet werden können. Und hier aus den Beispielen Brunner's, sehen wir nun, welch ein unhaltbarer und unbestimmter Begriff diese „spezielle Beaufsichtigung und Bewachung" ist: Lokomotivführer (S. 92) und Heizer werden vom Blitz getroffen, die Maschine wird führerlos, der Zug entgleist; hier liegt keine höhere Gewalt vor, „denn", so argumentiert Brunner, „das Ereignis hätte durch das Eingreifen eines Menschen wieder unschädlich gemacht werden können, falls sich noch ein solcher auf der Maschine befunden hätte." (Wir dürfen hier nicht eine ähnliche Willkür in dem Satz „falls sich ꝛc," sehen, wie bei Fischer und Knauer, denn das Beispiel Brunner's deckt sich mit seiner Theorie.)

Untersuchen wir nun an der Hand dieses Beispiels — die prinzipiellen Einwände bleiben für alle Fälle der Haftung bis zur höheren Gewalt dieselben — die Ansichten Windscheid's und Brunner's. Windscheid verlangt spezielle Beaufsichtigung der recipierten Sachen, Brunner des ganzen Gewerbebetriebes. Denken wir uns nun, um die Fiktion etwas anschaulicher zu machen, Windscheid's Kustodienten im Packwagen mit der speziellen Beaufsichtigung der recipierten Sachen beschäftigt; inzwischen ereignet sich irgend ein Unfall, die Sachen werden vernichtet: der besonderen custodia Haftung war auch bei verschuldetem Unfall genügt[1]). Windscheid's spezielle Beaufsichtigung ist, wenn sie auch zu unerwünschten Resultaten führt, in ihrer Durchführung wenigstens sehr wohl denkbar, wohingegen Brunner's sich ins Wesenlose verflüchtigt; denn nicht die Person (die offenbar auch vom Blitz erschlagen wäre), sondern der Geist des Unternehmers hätte auf der Lokomotive sein müssen, um das Unglück zu verhüten. Diese Fiktion des allanwesenden und allbeaufsichtigenden Unternehmer-Geistes geht offenbar viel zu weit; ich wüßte kaum ein Ereignis, das sich hiernach noch als vis maior darstellte. Brunner führt denn auch seine Theorie in den meisten Beispielen nicht konsequent durch.

---

[1]) Denn Windscheid's Worte (II S. 578): „Sie (die Recipienten) stehen nämlich nicht nur für Nachlässigkeiten ein, sondern ..." beziehen sich auf die gewöhnliche Haftung ex locato.

§ 6.

Die objektive Theorie in ihrer negativen Fassung oder die Theorie der Betriebsgefahr.

Ich kehre jetzt zu meinem oben unterbrochenen Versuch, den Entwicklungsgang der objektiven Theorie zu veranschaulichen, zurück. Wir sahen, daß man sich bei dem rein räumlich zu verstehenden Kriterium der äußeren Provenienz nicht beruhigen konnte; es mußte zu exorbitanten Ungerechtigkeiten führen. Man wollte diesem Uebelstand abhelfen, indem man den lokalen Unterschied zu einem kausalen zu vertiefen suchte, aber man gelangte auf diesem Wege noch nicht viel über das negative Resultat, „rein räumlich sei der Unterschied nicht zu fassen" (Cosack) hinweg. Andererseits hatte Exner's Schrift die unüberwindlichen Schwierigkeiten einer positiven Begriffsbestimmung gezeigt. Da lag es nahe, unter Benutzung der bisher aufgestellten Gesichtspunkte eine negative Formulierung der vis maior zu versuchen. Dies führte, indem man den Hauptanwendungsfall der vis maior Haftung im modernen Recht, die Haftung für den gefährlichen Betrieb der Eisenbahnen, besonders ins Auge faßte, zur Aufstellung der Theorie der Betriebsgefahr.

Den eigentlichen Grund zu dieser Theorie hat Unger gelegt, wenn er auch den Gedanken nicht neu eingeführt hat, vergleiche z. B. preuß. Ges. v. 3. Nov. 1838 § 25. — „Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, von dem Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten." Unger entwickelt zwar seine Theorie nur im Hinblick auf die höhere Gewalt des Reichshaftpflichtgesetzes und verwahrt sich ausdrücklich gegen eine Uebertragung seiner Theorie auf die Haftpflicht der Wirte ꝛc., in der er eine von der Haftpflicht der Eisenbahnen prinzipiell verschiedene sieht, und hinsichtlich welcher er sich im wesentlichen der Theorie Exner's anschließt (S. 92, Anm. 23). Die Grundgedanken Unger's sind folgende: Besondere Gefahren rufen besondere Haftsbestimmungen hervor, und es entspricht der Billigkeit, daß man demjenigen, der einen gefährlichen Betrieb unternimmt, der von ihm also normaler Weise den Vorteil hat, die Haftung für den durch den Betrieb verursachten Schaden auferlegt.[1]) „Wer eine Eisenbahn betreibt, übernimmt hiermit die Verantwortlichkeit (Garantie) für den Betrieb und haftet nomine desselben. Er hat daher jene Gefahren zu tragen, welche mit dem Unternehmen verbunden sind und aus dem Betriebe selbst entspringen. Er hat nicht oder doch nicht schlechthin für Betriebsunfälle zu haften, welche durch außerhalb des Betriebs

[1]) Unger S. 87.

gelegene Ursachen, also durch fremde Schuld (im objektiven Sinn) entstanden sind“[1]).

Bleiben nun die zitierten Ausführungen Unger's nicht auch vollkommen richtig, wenn wir die im ersten Satz ausgesprochene spezielle Beziehung auf die Haftung der Eisenbahnen fallen lassen? Mir will die von Unger und Westerkamp (in Endemann's Handelsrecht III S. 651) so sehr betonte prinzipielle Verschiedenheit der Haftung aus dem Reichshaftpflichtgesetz und der ex recepto nicht einleuchten. „In dem einen Falle[2]), so führt Unger aus, handelt es sich um die Sicherung anvertrauter Effekten gegen Unfälle, welche dieselben treffen können, in dem anderen Falle um den Schutz von Personen gegen Unfälle, welche aus einem gefährlichen Gewerbebetriebe entstehen; dort wird Garantie für die Integrität einer Sache, hier Garantie für die Unschädlichkeit des Betriebes übernommen.“ Mir scheint Unger hier keine Gegensätze gegenüber zu stellen, wie er offenbar annimmt: denn indem „Garantie für die Integrität der Sachen“ übernommen wird, wird doch eben „die Unschädlichkeit des Betriebes“ garantiert. Nachdem nun Rümelin (Zufall im Recht) darauf hingewiesen hatte, daß auch der Gasthofs- und Schiffahrtsbetrieb diesen Betrieben eigentümliche Gefahren mit sich bringe, hat Volkmar die von Unger für das Reichshaftpflichtgesetz entwickelte Theorie (s. o.) auf alle Anwendungsfälle der Haftung bis zur höheren Gewalt übertragen. Volkmar's Resultat gleicht denn auch völlig dem von Unger für das „Handeln auf eigene Gefahr“ aufgestellten Prinzip:[3]) „Der Unternehmer gewisser Betriebe (Beispiel: Gastwirts-, Schiffahrts-, Eisenbahnbetrieb), die für das Publikum, daß sich ihnen anvertrauen muß (oder auch für Dritte) mit bestimmten Gefahren verknüpft sind, muß für alle daraus hervorgehenden Unfälle dem Verletzten einstehen, auch wenn es ganz unmöglich war, den eingetretenen Schaden abzuwenden.“

„Unfälle, die mit der Eigenart des Betriebes in keinem ursächlichen Zusammenhang stehen (höhere Gewalt), braucht der Unternehmer nicht zu vertreten.“

Dieser Unger-Volkmarschen Theorie stimme ich im Prinzip vollkommen zu. Wollen wir überhaupt zu einem brauchbaren Begriff der höheren Gewalt gelangen, so müssen wir, dank den negativen Ergebnissen der vorstehenden Ausführungen (§ 2, 3) zunächst vom (subjektiven) Verschuldungsprinzip, d. h. von der Frage nach der Abwendbarkeit in allen

[1]) Ähnlich äußert sich R. Merkel, nach dem der Unternehmer für seine Wirkungssphäre haftet, auch wenn er ohne Schuld ist; was darüber hinausliegt oder nur in anormalen Zusammenhang mit ihr steht, bezeichnet er als höhere Gewalt.

[2]) Unger S. 92. [3]) Volkmar S. 78, 79.

ihren Schattierungen vollkommen absehen. Wir dürfen ferner (§ 4) nicht einen Katalog von Ereignissen oder eine unveränderlich fest umschriebene Zahl von Ereignissen aufstellen und den Begriff auf diese Weise stabilisieren; denn eine derartige stereotype Festlegung nimmt ihm das Anpassungsvermögen und verstößt gegen das Prinzip der Gerechtigkeit (vergl. auch S. 24). Es bleibt also nur die letzte Möglichkeit, den Begriff der höheren Gewalt zwar einheitlich als Prinzip, aber prinzipiell gleichzeitig jedem Anwendungsfalle angepaßt, aufzufassen. Das einheitliche Prinzip der höheren Gewalt ist dann in allen Anwendungsfällen des Begriffs gleichmäßig das negative Merkmal, das Fehlen eines Kausalzusammenhanges zwischen dem Schaden und der gefährlichen Eigenart des Betriebes (Eisenbahn, Gastwirt ꝛc.), so daß also umgekehrt die Haftung für Schaden nur dann eintritt, wenn der Schaden als durch die gefährliche Natur der Unternehmung verursacht (dies Wort in dem S. 26 angegebenen Sinne) erscheint. In Anwendung dieses *generellen* und stets gleichen Prinzips können wir nun für jeden Anwendungsfall der Haftung bis zur höheren Gewalt *speziell* die Grenzlinie ziehen, bis zu welcher der betreffende Unternehmer (Gastwirt, Eisenbahn) zu haften hat, indem wir nunmehr für die einzelne Unternehmungsart die ihr eigentümlichen Schadensmöglichkeiten (Betriebsgefahren) resp. deren Verwirklichung (Betriebsunfälle) zu fixieren suchen. Eine auf Vollständigkeit anspruchserhebende Aufzählung der Betriebsgefahren einer Unternehmung wird, der Natur der Sache nach, nur dort möglich sein, wo, wie beim Gastwirtsgewerbe, infolge der Einfachheit und räumlichen Beschränktheit, des Unternehmens nur einige wenige Schadensmöglichkeiten überhaupt in Frage kommen. Umgekehrt werden wir dort über eine kasuistische, unvollständige Angabe der Betriebsgefahren nicht hinaus gelangen, wo, wie beim Eisenbahnbetrieb, infolge der Kompliziertheit und räumlichen Ausdehnung des Betriebes die Schadenmöglichkeiten einer Aufzählung spotten.

Um die Gefahren des Gasthofbetriebes zu kennzeichnen, will Rümelin (S. 31) den Gasthofsbetrieb mit sonstigen Geschäften, bei denen fremde Sachen übernommen werden, vergleichen, während Volkmar durch eine Gegenüberstellung von Gasthof und Privathaushalt dasselbe Ziel zu erreichen strebt. Ich glaube, wir werden am deutlichsten die Gefahren des Gasthofsbetriebes erkennen, wenn wir zwei Reisende verfolgen, von denen der eine, A, im Hotel, der andere, B, bei einer befreundeten Familie übernachtet: Beide fahren vom Bahnhof in ihre Quartiere; B's Koffer wird von dem Dienstboten der Familie ins Haus getragen, die Wohnung wird wieder geschlossen. B. kennt seine Gastgeber, etwaige

Unredlichkeiten des ihm unbekannten Dienstboten würden leicht entdeckt werden können. A. dagegen kennt weder den Wirt noch dessen Personal. Während er einige Zimmer besieht und einen Mietvertrag abschließt, muß er sein Gepäck unbeaufsichtigt lassen, meistens noch dazu in der Nähe des Hoteleinganges; zahlreiche Personen können, ohne daß eine genaue Kontrolle durchführbar ist, ein- und ausgehen, andere Hotelgäste, Besucher der Gäste ꝛc. Es bedarf kaum weiterer Worte, um zu zeigen, daß in diesen Verhältnissen allerdings besondere Gefahren für das Gepäck des Reisenden liegen. Aber weiter, der Reisende verläßt sein Zimmer wieder, abschließen kann er es schlecht, da es doch während seiner Abwesenheit zu reinigen ist. Alles dies ergibt die nahe Möglichkeit eines Diebstahls. Aus ähnlichen Umständen folgt die Gefahr einer Sachbeschädigung.

Für die Zeit der römischen Republik und Monarchie werden wir uns freilich nicht derartig komplizierte Hotels vorstellen dürfen, aber die besonderen Gefahren für das Gepäck des Reisenden waren dieselben, wenn sie auch in anderen Verhältnissen, nämlich in der improbitas huius generes hominum etc. ihren Grund hatten.

Andere Gefahren für das Gepäck des Reisenden, wie Diebstahl und Sachbeschädigung scheinen mir nicht dem Gasthofsbetriebe eigentümlich zu sein; Feuer z. B. wird in einem Etagenhause bei der größeren Anzahl der Feuerstätten mindestens ebenso leicht entstehen, wie im Gasthof; auch würde ein etwa entstandener Brand bei dem meist zahlreicher vorhandenen Personal leichter zu löschen sein als in Privathäusern.

Keinen Wert dürfen wir bei Abgrenzung der spezifischen Betriebsgefahren auf die Kriterien der Abwendbarkeit, Außergewöhnlichkeit und der generellen Voraussehbarkeit der schädigenden Ereignisse legen. Ein Brand z. B. gehört im westlichen Norwegen, wo die Häuser (auch die Hotels) fast ausnahmslos aus Holz gebaut sind, nicht zu den außergewöhnlichen Ereignissen, den nicht zu gewärtigenden Unfällen; es würde zu einer durch nichts gerechtfertigten und unerträglichen Belastung der Wirte führen, wollten wir an jenen Kriterien festhalten.

Hinsichtlich der Betriebsgefahren der Eisenbahnen lehrt uns ein Blick in die Eisenbahnunfallstatistiken, daß Entgleisungen, Zusammenstöße, Kesselexplosionen und Feuer im Zuge zu den häufigsten Betriebs-Unfällen zählen. Im übrigen mag zugegeben werden, daß in einigen wenigen Grenzfällen Zweifel entstehen können, ob ein Schaden als durch den Betrieb verursacht und somit als Betriebsunfall anzusehen ist oder nicht. Einen Einwand, wie Michelsohn ihn erhebt, wird man jedoch

aus dieser Tatsache gegen die hier vertretene Theorie nicht herleiten können; denn einmal trifft dieser Einwand nur eine verschwindend geringe Anzahl von Fällen, und zweitens trifft er überhaupt nicht die hier entwickelte Theorie als solche, sondern nur den Begriff des Verursachens; er müßte also nicht gegen diesen einen, sondern gegen alle Anwendungsfälle des Verursachungsbegriffes erhoben werden.

Nach Obigem haftet der Unternehmer für die Betriebsunfälle schlechthin, ohne Rücksicht darauf, ob sie im einzelnen Fall abwendbar waren oder nicht. Wollten wir hier, wie Rümelin, zwischen den abwendbaren und unabwendbaren Betriebsunfällen unterscheiden, so würden wir damit offenbar zur subjektiven Theorie zurückkehren. Rümelin's Definition der höheren Gewalt bedeutet denn auch nichts weiter als eine Definition des Zufalls.

Betrachten wir jetzt das praktische Ergebnis der vorstehend entwickelten Theorie. Auf Schadenersatz verklagt stehen dem Unternehmer gleichmäßig die drei Einreden des fremden Verursachens zu, nämlich die Einreden:

1. Der Schaden sei durch den Vertragsgegner oder die von diesem zu vertretenden Personen verursacht.
2. Der Schaden sei durch die Natur der Sachen verursacht.
3. Der Schaden sei nicht durch den Betrieb als solchen verursacht.

Die Einrede der höheren Gewalt steht hiernach dem Unternehmer dann zu, wenn der Schaden nicht durch die gefährliche Eigenart des Betriebes verursacht, und — dies folgt aus der Gleichstellung der Verursachungseinreden — eine andere Einrede nicht gegeben ist.

Höhere Gewalt bedeutet also den Mangel eines adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen Betrieb und Schaden.

Ehe ich untersuche, wie weit die hier vertretene Theorie mit den römischen Rechtsquellen in Einklang steht, möchte ich noch kurz dartun, daß mit dieser Definition viele der von verschiedenen Schriftstellern angestrebten Ziele erreicht sind: Die schwierige Beweislage des Ersatzklägers, die Exner zu beseitigen suchte, ist mit dieser Definition beseitigt; denn der Richter hat lediglich den Zusammenhang zwischen dem konkreten Unfall und der Art der Unternehmung zu prüfen, nicht aber die in concreto zu dem Unfall hinführenden Umstände. Der besonders von Baron und Rümelin betonte Gedanke, der Unternehmer solle zur Schaffung der besten Einrichtungen und Gewährung der größtmöglichen Verkehrssicherheit angespornt werden, kommt bei dieser Definition ganz anders zur Geltung und wird ganz anders praktisch wie auf dem von

den erwähnten Schriftstellern gedachten Weg; es bedarf zum Beweise dieser Behauptung nur des Hinweises, daß der Unternehmer ganz anders in der gedachten Richtung tätig wird, wenn er unbedingt für seinen Betrieb haftet, wie wenn ihm immer noch Haftbefreiung in Aussicht steht durch die Dehnbarkeit des Begriffs der Unabwendbarkeit.

Endlich ist die aufgestellte Definition leicht zu handhaben, sie bietet dem Richter, der Kausalitätsfragen zu lösen imstande ist, kaum erhebliche Schwierigkeiten, anstatt jener praktisch nicht anwendbaren Begriffsbestimmungen der Anhänger der subjektiven Theorie.

Die Haftung bis zur höheren Gewalt stellt also nach der hier vertretenen Ansicht einen Rechtsbegriff dar, der es wohl verdient, ausgiebig in der Gesetzgebung verwendet zu werden. Dieser Begriff wird insbesondere dort am Platze sein, wo für den Unternehmer normaler Weise einträgliche Betriebe mit besonderen Gefahren für die Gegenkontrahenten verbunden sind, d. h. dort, wo vielfach Schäden zu erwarten sind, für die keiner der Parteien ein direktes Verschulden zur Last zu fallen pflegt; denn in solchen Fällen entspricht es unserem Gerechtigkeitsgefühl, daß bei Schuldlosigkeit beider Parteien diejenige für den Schaden des Betriebes aufzukommen hat, die den Gewinn aus ihm bezieht.

Eine andere Frage ist es, ob der so- verstandene Begriff in den Worten „höhere Gewalt" eine angemessene Formulierung erfahren hat. Diese Frage ist auf das entschiedenste zu verneinen. Die Worte „höhere Gewalt" sind so unklar und nichtssagend, es hängen sich an sie so viele Kontroversen, daß es sehr wünschenswert erscheinen muß, endlich einmal diese vage Ausdrucksweise aufzugeben und den Sinn und Inhalt jener mysteriösen Worte a u c h durch Gesetz zu verdeutlichen. Daß dies letztere nicht möglich sei, wird nur derjenige behaupten, der entweder selbst keine klare Vorstellung mit den Worten „höhere Gewalt" verbindet, oder der, wie die Anhänger der subjektiven Theorie, mit diesen Worten etwas Unerreichbares zu erreichen strebt.

§ 7.

Der Begriff der vis maior in den römischen Rechtsquellen.

Zu dem oben vertretenen Standpunkt sind wir, da die römischen Rechtsquellen weder eine Definition noch auch zweifelsfreie Anhalts- und Ausgangspunkte bieten, vornehmlich aus rechtspolitischen Erwägungen gelangt. Es fragt sich jetzt, ob die aufgestellte Ansicht mit dem römischen Recht übereinstimmt.

Wohl kaum auf einem anderen Gebiet werden wir so sehr wie auf

dem Gebiet der Haftungsfragen die Schwierigkeiten empfinden, die eine corpus iuris Interpretation gegenüber der Auslegung eines modernen Gesetzbuchs bereitet, insofern als wir im corpus iuris nicht das Resultat einer Rechtsentwicklung, sondern die Entwicklung selbst, das Recht von mehr als fünf Jahrhunderten nebeneinander, fixiert sehen. Die Schwierigkeit wird noch erhöht dadurch, daß die Römer in ihrem konservativen Sinn alte Formen mit neuem Inhalt erfüllten, sodaß derselbe Ausdruck oft, weil in verschiedenen Zeiten gebraucht, eine verschiedene Bedeutung hat, ohne daß es uns immer möglich wäre, mit Sicherheit den Sinn festzustellen, in dem der Ausdruck in den einzelnen Stellen gebraucht ist.

Auf die angedeuteten Schwierigkeiten stoßen wir ganz besonders bei dem Versuch, den Begriff der vis maior aus dem der custodia zu erklären, wie Baron, Bruckner, Engelmann, v. Hollander ꝛc. es versucht haben. Die genannten Schriftsteller wollten den Begriff der vis maior dadurch finden, daß sie den Umfang der custodia Haftung zu bestimmen suchten und diejenigen Schäden als durch vis maior verursacht bezeichneten, die durch custodia nicht abgewendet werden konnten, die also jenseits des von der custodia Haftung umfaßten Gebiets liegen. Ich werde diesen Weg nicht beschreiten; einmal scheint mir der Zusammenhang zwischen custodia und vis maior keineswegs erwiesen im Sinne jener Schriftsteller, nach denen „vis maior denjenigen Unfall darstellt,[1]) an den die aus dem konkreten Fall sich ergebende Haftpflicht des Kustodienten nicht heranreicht." Denn der Ausdruck vis maior und die ihm auch von den Anhängern der custodia Theorien gleichgestellten Ausdrücke, casus maior, casus cui resisti non potest, (aus den 4 Stellen l. 18 pr. D. 13,6, l. 15, § 2 D. 19, 2, l. 28 C. 4, 65, l. 4, C. 5, 38, in denen dieser Zusatz zu casus sich findet, leitet Baron S. 9, 89 unter Nichtberücksichtigung der übrigen Stellen seine Behauptung her, daß das corpus iuris eine gute Definition der vis maior gebe,) finden sich verschiedentlich in den Quellen bei Rechtsverhältnissen gebraucht, in denen von custodia nicht die Rede ist und auch nicht die Rede sein kann; so z. B. in l. 15 § 2 D. 19, 2 und l. 25 § 6 D. eod. Es ist für unsern Zweck ganz gleichgültig, daß hier auch von einer Haftung überhaupt nicht die Rede ist; es soll eben nur gezeigt werden, daß vis maior und die gleichgestellten Synonyme keineswegs ausschließlich als Befreiungsgrund gegenüber der custodia Haftung in Betracht kommen, daß also der Versuch, den Begriff der vis maior aus dem der custodia herzuleiten, notwendig zu einem ungenauen, wenn nicht gar falschen Resultat führen muß.

[1]) v. Hollander S. 62.

Aber weiter, ist der Begriff der vis maior lebhaft umstritten, so ist es der der custodia nicht weniger, vergl. Gelpcke (S. 369): „über den Umfang der custodia besteht bei weitem keine Übereinstimmung;" es ist etwas optimistisch, wenn er fortfährt: „darüber sind aber doch alle einig, daß darunter die Haftung für Diebstahl begriffen ist;" herrscht doch wieder lebhafter Streit darüber, ob Diebstahl unbedingt zu vertreten ist oder nicht. Endlich ist auch einer der wichtigsten Beweissätze, die l. 31 pr. D. 19, 1 custodia adversus vim parum proficit, wie Michelsohn richtig hervorhebt (S. 20), „trotz seiner scheinbaren Trivialität falsch; denn Wachsamkeit kann auch gegen Gewalt nutzen, indem sie die Möglichkeit gewährt, rechtzeitig vim vi repellere." Wenn wir nun versuchen aus anderen Quellenstellen, in denen der Ausdruck vis maior sich findet, den Begriff zu erklären, so werden wir zu beachten haben, daß die Haftung bis vis maior umfassender sein muß als die bis casus: ad hoc edicto omnimodo, etiam si sine culpa. Denn 1. soll die Haftung ex recepto über die ex locato hinausgehen, l. 3 § 1 D. 4, 9. — 2. würde die l. 3 § 1 sonst heißen: Die gewöhnliche Haftung bis casus genügt hier nicht, aber es wird doch nur bis casus gehaftet.

Allerdings haben manche, besonders Goldschmidt und Gerth behauptet, das sine culpa eius bedeute nur das Einstehen des Rezipienten für die Schuld der Angestellten und Reisenden, mit anderen Worten, die Rezipienten hafteten nur, wenn entweder sie selbst oder die genannten Personen in culpa wären. Aber diese Ansicht dürfte schwerlich zutreffend sein. Einmal wird hier, im Gegensatz zur gewöhnlichen Haftung ex locato, eine unbedingte Haftung statuiert: die nautae ꝛc. haften omnimodo auf jede Weise; um nun den Gegensatz zu der kurz vorher erwähnten Haftung ex locato deutlicher und zweifelsfreier zu machen, da bei dem Abnormalen der Haftung leicht Zweifel über das omnimodo auftauchen konnten, fügt Ulpian noch, streng genommen überflüssiger Weise, den Nebensatz etiam si sine culpa hinzu, „sogar dann wenn keine culpa vorliegt." Mit diesem Satz kann doch dem omnimodo gegenüber keine Einschränkung aufgestellt werden! Ferner, wozu der ganze Aufwand an Worten, wozu dies Betonen des omnimodo, wozu die Erklärung, daß auch hier unter Umständen eine exceptio gegeben werde, wenn alles das dann nur das Einstehen für die Schuld der Angestellten und Reisenden besagen will. Endlich würde nach Goldschmidt und Gerth der Rezipient für fremde Handlungsweise mehr einstehen als für seine eigene; denn er hat nach Goldschmidt und Gerth das factum non solum nautarum, sed et vectorum zu prästieren; factum heißt aber nicht „Schuld", sondern Tun, Handlungsweise.

Aber ganz abgesehen hiervon, scheint mir die l. 1 § 8 nicht geeignet zu sein, die l. 3 § 1 zu entkräften; denn ich kann mir nicht denken, daß der § 8 in dem Sinn zu verstehen ist, in dem Gerth (S. 69), Goldschmidt 2c. ihn auffassen (eine kritische Gegenbeurteilung vom Standpunkt der objektiven Theorie fehlt meines Wissens).

Nun ist aber doch klar, daß nicht jedes aufs Schiff Bringen von Sachen eine Garantieübernahme für diese Sachen involvieren kann; oder ist etwa anzunehmen, daß der Schiffer (Gastwirt) für den etwaigen Schaden resp. Verlust an Sachen aufkommen soll, die dritte, mit ihm in keinem Vertragsverhältnis stehende Personen heimlich, vielleicht gar gegen seinen Willen aufs Schiff gebracht haben? Doch sicherlich nicht! Aber welche Personen, außer den Rezipienten, sollen denn nun mit verpflichtender Wirkung für ihn Sachen aufs Schiff bringen, resp. dort annehmen können? Zunächst werden hier die Schiffsangestellten, die nautae genannt. Dies mag uns auf den ersten Blick als überflüssig und selbstverständlich erscheinen. Wir werden aber diese ausdrückliche Erwähnung anders beurteilen, wenn wir bedenken, daß der Stellvertretungsgedanke jener Zeit nicht geläufig war, sodaß (was uns heute selbstverständlich erscheint) es durchaus nötig war, hervorzuheben, daß auch seine Angestellten den nauta durch das tatsächliche Einladen der Sachen verpflichten konnten. Ein Vergleich mit der l 3 § 3 zeigt auch, daß die Person des die Waren Verladenden keineswegs rechtlich irrelevant war; denn Ulpian bespricht dort die Rechtsfolgen, die sich aus der Person des Annehmenden ergeben.

Aber nicht nur die Schiffer, sondern auch die Mitfahrenden sollen durch ihr factum (Verladen) dem nauta die Garantiehaftung auferlegen können. Bekanntlich begleitete der Kaufmann jener Zeit fast immer selbst seine Waren; er wird also meistens auch selbst das Verladen seiner Sachen besorgt haben: Kein Wunder daher, wenn auch seinem (des Vertragsgegners) Tun verpflichtende Wirkung zugestanden wird.

So verstanden erscheint das fragliche Fragment nicht mehr unlogisch aus dem Zusammenhang gerissen; wenn auch die Ausdrucksweise (vielleicht etwas korrumpiert?) merkwürdig ist, so erscheint mir doch diese Auslegung wahrscheinlicher als die von Gerth gegebene zu sein, weil nur so verstanden die fraglichen Worte in den Zusammenhang passen.

Ich komme hiernach zu dem umgekehrten Resultat wie Gerth (S. 102), daß nämlich die l 1 § 8 die l 3 § 1 nicht einschränken kann.

Haben wir so erkannt, daß vis maior im Titel D 4, 9 nicht gleich casus sein kann, so dürfen wir nicht diejenigen Quellenstellen zur Er-

klärung heranziehen, in denen vis maior anstatt casus verwendet ist, wie z. B. in l 13 §1 D 13, 7 Venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato, vis maior non venit und in l 30 eod; sondern wir werden uns an die Stellen zu halten haben, in denen vis maior im technischen Sinne gebraucht wird, in denen gleichwie in l 3 D 4, 9 von der Unterscheidung zwischen casus und vis maior Rechtsfolgen abhängig gemacht werden. (Auch die vielfach in der Literatur angezogene l 52 § 3 D 17, 2 kann uns nicht helfen, denn die dort von Ulpian versuchte Definition: damna, quae im imprudentibus accidunt, hoc est damma fatalia paßt auf jeden Fall.) Aus diesem Grunde haben wir unser Augenmerk besonders zu richten auf die l 15 § 2 D 19, 2: Si vis tempestatis calamitiosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec dammo coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sind. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse . . . sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solus fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse und die l, 25 § 6 D. eod: vis maior, quam Graeci theou bian appellant, non debet conductori damnosam esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Aus der ersten dieser beiden Stellen, in Verbindung mit der l 18 pr. D. 13, 6 ꝛc. leitet Baron seine Behauptung her, vis maior sei uns als unüberwindliche Gewalt beschrieben; dies ist offenbar unrichtig; zuzugeben ist, daß hiernach, wenn wir höhere Gewalt annehmen wollen, das schädigende Ereignis immer für den Betroffenen unabwendbar gewesen sein muß; aber hieraus zu schließen, alles, was unüberwindlich ist, sei höhere Gewalt, wäre durchaus unbegründet, wenn auch bisweilen die römischen Juristen selbst in diesen Fehler verfielen; sie widerlegen sich dann meistens selbst mit ihren Beispielen. Sehen wir uns doch z. B. die von Baron zitierte l 15 § 2 D 19, 2 genauer an: sind denn etwa Mißraten der Weinernte, die Zerstörung des Getreides durch Ungeziefer und derartige nicht außergewöhnliche Ereignisse nach Verkehrsbegriffen (und nach diesem will Baron die Unabwendbarkeit gemessen wissen) abwendbar?

Oder ob wir aus dieser Stelle das Kriterium der vis maior in der Außergewöhnlichkeit sehen sollen, wie es nach dem extraconsuetudinem fast scheinen möchte, in dem Außergewöhnlichem, wie Exner, in dem Nichtberechenbaren, wie Stinzing es verwertet hat? Nein, dem widersprechen zu deutlich das naufragium und die vis piratarum der l 3 § 1 D 4, 9. — Schiffsuntergänge sind heute nicht außergewöhnlich und werden es in jener Zeit bei den geringen technischen Hülfsmitteln erst recht nicht gewesen sein, ebensowenig die vis piratarum (Friedländer II 39). Mit Außergewöhnlichem rechnet der Verkehr nicht, er tut und tat es aber mit dem naufragium und der vis piratarum; vergleiche hierüber Stinzing S. 464, der vergeblich den Widerspruch mit seiner Theorie zu heben versucht; sein auf die l 3 § 1 D 4, 9 gestützter Einwand, naufragium sei der vis maior koordiniert, wird gegenstandslos gegenüber der l 1 § 4 D 44, 7 (über die Gleichstellung von vis maior und casus maior herrscht kein Zweifel).

Aber liegt denn nicht in den mehrfach angezogenen Fragmenten l 3 § 1 D 4, 9, l 15 § 2 D 19, 2, l 25 § 6 D eod. — vergleiche auch l 30 § 4 D 19, 2 und l 40, 41 eod., ein anderes trotz der nicht ausdrücklichen Erwähnung klares Prinzip? In allen drei Fragmenten ist das Motiv für die Einführung der Erleichterung der Obligation leicht zu erkennen: non esse iniquum, ne supra damnum praestare cogatur, si plus quam tolerabile; Billigkeitsrücksichten[1]), soziale Fürsorge haben veranlaßt, daß man den in Frage kommenden Personen nicht Lasten aufbürdete, die ihren wirtschaftlichen Ruin bedeuten würden. Schneider sucht freilich diese Stellen für die Auffindung des Begriff der vis maior zu entwerten, indem er (S. 362) sagt, „es stehe hier nun ein Teilanwendungsgebiet der vis maior — Naturereignisse und deren Einwirkung auf Feldfrüchte — in Betracht"; er übersieht dabei aber gänzlich, daß hier auch Handlungen dritter eingehend berücksicht worden: incursus hostium, exercitus praeteriens; von „übertragener Bedeutung" kann hier also garnicht die Rede sein; im Gegenteil möchte ich in dieser Stelle die zum Aufbau einer Theorie geeignetste Grundlage erblicken, weil hier so besonders deutlich der Unterschied zwischen casus und vis maior hervortritt und der Grund für die Einführung des Befreiungsgrundes so klar gezeigt ist.

[1]) Unzutreffend ist die von Michelsohn gezogene Parallele zwischen den zitierten Fragmenten und dem § 829 des B. G. B. und die in diesem Sinne entwickelte Theorie; denn es handelt sich in jenen Fragmenten um eine vom Einzelfalle vollkommen absehende, generelle Schadensverteilung, nicht aber wie z. B. im § 829 d. B. G. B. um eine den Einzelfall berücksichtigende Schadensauferlegung je nach der Vermögenslage der einander gegenüberstehenden Parteien. Nicht in diesem Sinne kann man also die vis maior als „soziale Institution" des römischen Rechts bezeichnen.

Welches sind denn nun diejenigen Schäden, für die der Pächter einzutreten hat? Mutwillige Beschädigungen durch Vorübergehende, besonders aber si qua tamen vitia ex ipsa re. Vergleichen wir hiermit, daß der Wirt ꝛc, exercens negotium suum, für furtum und damnum iniuria datum einzustehen hat, so kann kaum ein Zweifel bleiben, daß Pächter und Wirt ꝛc. die durch die ihrem Betriebe eigentümlichen Gefahren verursachten Schäden unbedingt zu prästieren haben, nicht dagegen Ereignisse, die ihren Ursprung außerhalb des Betriebskreises haben. Man wende hiergegen nicht ein, der Schiffer habe doch für naufragium nicht einzustehen. Denn Schiffbruch ist keine der Frachtschifffahrt eigentümliche Gefahr, ebensowenig wie z. B. fervor non adsuetus der Landwirtschaft; bei Schadensverursachungen durch Seesturm und Sonnenbrand (ähnlich wäre der Brand eines Gasthofs zu behandeln) wird daher aus demselben Grunde eine exceptio gegeben: ne supra damnum praestare cogatur. Angesichts der vitia ex ipsa re (l 15 § 2 D 19, 2) könnte noch ein Zweifel auftauchen, ob wir berechtigt sind, das Vorliegen der höheren Gewalt nach dem Vorhandensein oder dem Mangel eines kausalen Zusammenhanges mit der Natur des Unternehmens zu beurteilen, oder ob der räumlich (Exner) äußere oder innere Ursprung des schädigenden Ereignisses entscheidend sein muß. Heranzuziehen sind über diesen Punkt besonders l 62 D 19, 2, si soli vitio, l 24 § 4, 5 D 39, 2, l 18 § 4 D eod., auch l 30 § 4 D 19, 2. (Die von Michelsohn S. 32, 39 allgemein gegen eine Heranziehung der Rechtssätze über die cautio damni infecti ausgesprochenen Bedenken halte ich nicht für berechtigt; vergleiche gegen ihn Volkmar S. 63 und Brunner S. 78, 81). Aus allen diesen Stellen geht deutlich hervor, daß nicht die räumliche Herkunft des Schadens gemeint ist, sondern in allen Stellen ist als vis maior ein Ereignis bezeichnet, daß ohne inneren (kausalen) Zusammenhang mit den jeweiligen besonderen Gefahren schädigend gewirkt hat, in seinem Ursprung also nicht durch die besonderen Gefahren kausiert war. Aber noch eins sagt uns die l 24 § 5 D 39, 2: nicht auf das Ereignis kommt es allein an; heftiger Sturm (ein typischer Fall der vis maior) soll befreien, wenn durch ihn der Unfall (überwiegend) verursacht ist, nicht aber, wenn er nur eine Bedingung zu dem Unfall gesetzt hat; dies zeigt uns deutlich, daß wir uns nicht durch die immer wiederkehrenden typischen Beispiele für vis maior Ereignisse verleiten lassen dürfen, positiv einen fest bestimmten Kreis von Ereignissen aufzustellen, die unter allen Umständen höhere Gewalt darstellen, sondern, daß wir dadurch den Befreiungsgrund der vis maior näher zu bestimmen haben, daß wir vom

Standpunkt einer bestimmten Unternehmungsgruppe diejenigen Ereignisse (negativ) als vis maior bezeichnen müssen, die sich nicht als aus den speziellen Betriebsgefahren entsprungen darstellen. Zu diesem Resultat führt uns auch die Beobachtung, daß jene „vis maior Ereignisse" stereotyp nur dort wiederkehren, wo vis maior anstatt casus verwendet ist (s. o.). Die Beispiele für vis maior wechseln jedoch, je nach den zu Grunde liegenden Verhältnissen, wo von der Unterscheidung zwischen vis maior und casus Rechtsfolgen abhängig gemacht werden. Wir werden hierin zweifellos einen Beweis für die Annahme erblicken dürfen, daß derselbe Rechtsgedanke, welcher der hier vertretenen Theorie zugrunde liegt, von den römischen Juristen dadurch angedeutet und zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß sie Beispiele für Ereignisse anführen, die in keinem Kausalzusammenhang mit den jeweilig in Betracht kommenden naheliegenden Schadensmöglichkeiten stehen, und die deshalb nicht zu vertreten waren.

An diesem Ergebnis können uns auch diejenigen Quellenstellen nicht irre machen, die betonen, trotz des Vorliegens der typischen vis maior Beispiele werde der Schuldner gehalten, wenn culpa eius is casus intervenerit (z. B. § 2 J 3, 14, l 1 § 4, D 44, 7 sed et in majoribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur; l. 5 § 4 D. 13, 6). Vielmehr können diese Fragmente unser Ergebnis nur bestätigen. Denn in allen diesen Stellen wird nicht etwa von einer Konkurrenz zwischen vis maior und culpa gesprochen, in dem Sinne, daß vis maior und culpa gleichzeitig vorliegen können, daß also bei dem Vorliegen eines vis maior Ereignisses unter allen Umständen die auf höhere Gewalt lautende exceptio glatt durchschlägt, wie Exner, Fischer und Brunner annehmen. Dies wiederholte Gedenken der culpa soll uns nur das zeigen, was wir heute als selbstverständlich betrachten (allerdings nur vom Standpunkte der adäquaten Verursachungstheorie), daß schon Fahrlässigkeit jeden anderweitigen Kausalzusammenhang unterbricht. Der Beweis, daß ein Schaden durch vis maior verursacht sei, schließt also immer den Beweis der Schuldlosigkeit in sich. Die gegenteilige Auffassung muß an den Stellen scheitern, wo, wie in D. 4, 9 die exceptio wegen Vorliegens einer vis maior schlechthin befreien soll, ohne daß von einer etwa konkurrierenden culpa die Rede ist: denn hier müßte nach jener Auffassung die exceptio auch dann zur Abweisung der Klage führen, wenn der Schiffbruch dolos veranlaßt wäre, oder die nach dem Schiffbruch zu rettenden Sachen dolos oder culpos nicht gerettet waren.

Wir sehen also, daß sich aus den Andeutungen der römischen Rechtsquellen nicht nur nichts gegen, sondern eine große Wahrscheinlichkeit für die hier vertretene Theorie ergibt.

Anhang.

Der Begriff der höheren Gewalt bei der Verjährung und Fristversäumung.

Der Begriff der höheren Gewalt hat außer in dem § 701, B. G. B. auch noch in den §§ 203 (durch diesen in 124, 210, 212, 215, 802, 1002, 1339, 1571, 1594, 1599, 1944, 1954, 1997, 2082, 2283, 2340) als Hemmung der Verjährungsfrist und 1996 als Restitutionsgrund gegen den Ablauf der Inventarfrist Anwendung gefunden. Es entsteht hier ein allgemein als mißlich empfundene Lage für die Interpretation, über die man, so gut oder schlecht es eben geht, hinwegzukommen versucht: einmal möchte man, wenn irgend möglich, in den §§ 203 und 1996 den Worten „höhere Gewalt" nicht eine andere Bedeutung beilegen, als in dem § 701, denn nur notgedrungen wird man die Behauptung aufstellen, daß dasselbe Gesetz in denselben Worten verschiedene Begriffe verkörpert, da doch hierin implicite die Behauptung eines groben legislatorischen Mißgriffs enthalten ist. Andererseits will man an dem historisch überkommenen und in dem § 701 bestätigt gefundenen Begriff der höheren Gewalt festhalten, so ist man gezwungen, da die Definition der höheren Gewalt als Schranke der Haftung auf die höhere Gewalt als Restitutionsgrund für den Ablauf einer Frist, nicht oder nicht ohne weiteres anwendbar ist, entweder den gefundenen Begriff für analog anwendbar zu erklären, oder eben in den §§ 203 und 1996 einen verschiedenen Begriff verkörpert zu sehen. Wir werden die Schwierigkeiten leicht erkennen, wenn wir an die früher besprochenen Definitionen der vis maior denken: Goldschmidt (weder findet unbedingte Haftung für Diebstahl . . .), Windscheid (spezielle Beaufsichtigung), v. Hahn (schädigende Einwirkung auf das Gut), Dernburg (Einrichtungen), Exner (außerhalb des Betriebskreises), endlich die Betriebsgefahrtheorien; keine von allen diesen verschiedenen Definitionen läßt sich auf die höhere Gewalt in den §§ 203 und 1996 ohne weiteres anwenden. Vergleiche auch die Lehrbücher des B. G. B. Crome (Bd. 1. S. 492): „einen einheitlichen Begriff der höheren Gewalt gibt es nicht, namentlich seitdem die neuere Gesetzgebung den Ausdruck auch als Entschuldigungsgrund für Fristversäumnis verwertet," — Enneccerus-Lehmann I, 273: „bei Ungleichheit der Fälle kann eine einheitliche Theorie nicht genügen." Ähnlich Matthiass, Zitelmann S. 173, Oertmann ꝛc. Unterschiedslos behandeln Gareis und Cosack die verschiedenen Anwendungsfälle. Dies

erklärt sich für Gareis leicht daraus, daß seine Definition der höheren Gewalt kaum sich den Anschein gibt, etwas anderes als den Zufall zu definieren (vergl. Gareis III. ad § 203). Cosack behandelt überhaupt nur die „Haftung" bis zur höheren Gewalt und läßt die übrigen Anwendungsfälle gänzlich unbeachtet (vergl. Cosack, Lehrbuch des B. G. B. S. 247); denn, was die als Beispiele dort angeführten Diebstahl, Raub, gerichtliche Beschlagnahme mit § 203 zu tun haben sollen, dürfte schwer fallen aufzuklären.

Es empfiehlt sich nicht, hier eine ausführliche Übersicht über die Literatur zu geben; denn so eingehend im allgemeinen die höhere Gewalt als Schranke der Haftung behandelt ist, so leichthin ist man durchschnittlich über die Behandlung des Begriffs in den §§ 203 und 1996 hinweggegangen.

Es sind, wenn wir an der Richtigkeit unserer Auslegung der höheren Gewalt festhalten wollen, zwei Möglichkeiten für die Interpretation der höheren Gewalt in den §§ 203 und 1996 gegeben. Entweder wir sagen, der Begriff der höheren Gewalt in den §§ 203 und 1996 deckt sich im wesentlichen mit dem des unabwendbaren Zufalls der C. P. O. (§ 233) und der St. P. O. (§ 44); wir würden dann also die höhere Gewalt in den §§ 203 und 1996 theoretisch nahezu, praktisch ganz als mit Zufall identisch zu betrachten haben. (Als Beweis für diese Folgerung genügt hier der Hinweis auf die Ausführungen im § 3 dieser Arbeit). Für diese Annahme spricht allerdings die Gleichartigkeit der Anwendungsfälle; denn es handelt sich in den zitierten Paragraphen gleichfalls um die Beziehung zu einer Frist.

Gegen diese Gleichsetzung sprechen jedoch sehr erhebliche Bedenken. Diese Ansicht, die wohl als die jetzt herrschende bezeichnet werden kann, übersieht geflissentlich, daß in den zitierten Paragraphen der C. P. O. und der St. P. O. von „höherer Gewalt" garnicht die Rede ist. Man hilft sich über diese Schwierigkeit hinweg, indem man auf die Motive der Prozeßordnungen verweist und aus ihnen beweist, daß die Verfasser der Entwürfe nur die Worte „höhere Gewalt" hätten vermeiden wollen, mit den Worten „unabwendbarer Zufall" aber den Begriff der höheren Gewalt gemeint hätten. Dies ist gewiß sehr interessant zu wissen und lehrt uns, was einige der Kommissionsmitglieder unter dem Begriff der höheren Gewalt verstanden[1]). Aber Gesetz ist es deshalb doch nicht geworden. Durchaus zuzustimmen ist daher den Ausführungen von Schey's: „(Sonderbarerweise allerdings hat die deutsche Rechtswissenschaft

[1]) abweichend Volkmar.

gerade auch bezüglich des § 211 C. P. O. sich nicht klar gemacht, wie wenig sich dieser Fall mit Art. 395 H. G. B. oder § 1 Haftpflichtgesetz in eine Linie stellen läßt." v. Schey S. 62). „Sie hat nicht den unverfänglichen Wortlaut des § 211 cit. zur Grundlage selbstständiger Erörterung gemacht, sondern diesem Wortlaute sofort die „vis maior" substituiert und so ganz ohne Not auch auf dies Gebiet das Rätsel der „höheren Gewalt" verpflanzt. So fest war der Glaube an die Reinheit und die Kraft des Begriffs. Der Gesetzgeber des deutschen Civilrechts sollte aber nicht in diesen Fehler der Doktrin verfallen."

Es bleibt nur zu konstatieren übrig, daß trotz dieser Warnung, trotz des Abratens des Juristentages, der Gebesetzgeber doch in diesen Fehler verfallen ist. Aber das berechtigt uns doch nicht, rückwirkend dem Begriff des unabwendbaren Zufalls der Prozeßordnungen eine andere Bedeutung beizulegen oder den Begriff der höheren Gewalt mit dem des unabwendbaren Zufalls zu identifizieren.

Es bleibt uns daher nur die zweite, oben angedeutete Alternative, nämlich den für die Haftung bis zur höheren Gewalt gefundenen und wohl begründeten Begriff auch auf die §§ 203 und 1996 B. G. B. zu übertragen.

Für diese Alternative spricht ganz besonders die Erwägung, daß dasselbe Gesetz schwerlich in denselben Worten verschiedene Begriffe verkörpern will.

Das Wesentliche der Haftung bis zur höheren Gewalt ist, wie wir oben sahen, negativ das Haften ohne subjektives Verschulden, positiv das Einstehen für die eigene Wirkungssphäre. Wenden wir dies nun auf die hier fraglichen Anwendungsfälle des Begriffs der höheren Gewalt an, so kommen wir zu dem Resultat, daß negativ die Restitution gegen die Fristversäumung und die Hemmung der Verjährung nie schon dadurch genügend begründet ist, daß der sich darauf Berufende den Mangel eigenen Verschuldens nachweist, daß vielmehr positiv auch der Nachweis mangelnden eigenen Verursachens erforderlich ist, der Nachweis also, daß die Versäumung nicht ihre Ursache in der Person des Versäumenden oder dessen Vertreter (Krankheit, Verhaftung, Unkenntnis ꝛc.) hat; nicht also:[1]) „Hindernisse, die ihren Grund lediglich in der Person des Berechtigten haben;" nicht „Unfälle, die die Person treffen, sondern nur solche Umstände,[2]) die die Rechtsverfolgung (Fristeinhaltung) hindern, ohne in der Person des Berechtigten oder dessen Vertreter ihre Ursache zu haben."

Ich komme somit hinsichtlich der §§ 203 und 1996 zu demselben

[1]) Planck Bd. 1 S. 255. [2]) Rehbein Bd. 1 S. 309.

Resultat wie Volkmar, dem ich auch in der inneren Begründung desselben zustimme."

Es bedarf kaum des Hinweises, daß eine Ersetzung der Worte „höhere Gewalt" in den §§ 203 und 1996 noch wünschenswerter erscheinen muß als in den übrigen Anwendungsfällen des Begriffs der höheren Gewalt (vergl. oben S. 33).